J. rom. m.
544 h

Zielonacki

# Kritische Erörterungen

über die

# Servitutenlehre

nach dem

# Römischen Rechte.

---

Nebst einem

## Anhang

über das

## Interdictum uti possidetis,

von

**Dr. jur. Zielonacki,**
Privatdocenten an der Breslauer Universität.

Breslau.
G. P. Aderholz.
1849.

18. D.

# Kritische Erörterungen

über die

# Recensionen Aeschylischer Tragödien

und dem

# Agamemnon insbesondere.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Vorrede.

Ich habe meiner Schrift darum den Titel „Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem Römischen Rechte" gegeben, weil ich dieselbe in ihrer Vollständigkeit nicht dargestellt habe und nicht darstellen wollte. Kritische Erörterungen u. s. w. habe ich sie darum benannt, weil ich auf die kontroversen Theile das Hauptaugenmerk gerichtet habe, wiewohl ich mich darauf nicht beschränkte, sondern Alles, was mir zum Verständniß derselben wesentlich zu sein schien, am geeigneten Orte dargestellt habe.

Es bringt die Sache selbst mit sich, daß in einer jeden Schrift, die sich mit einem Gegenstande beschäftigt, der von Anderen vielfach bearbeitet wurde, sich manches Bekannte finden muß. So wird man auch in dieser Schrift Ansichten lesen, die schon von Anderen aufgestellt und begründet wurden. Auf das, was Andere schon gesagt haben, lege ich nur einen geringen Werth, weil ich von der Ueberzeugung ausgehe, daß nur das einen wissenschaftlichen Werth hat,

was die Wissenschaft fördert, dieselbe aber nur durch neue Ansichten — sofern sie begründet sind — gefördert werden kann. Aber ich glaube, daß das — ich darf sagen — viele Neue, was sich in meiner Schrift findet, selbst von dem streng wissenschaftlichen Gesichtspunkte aus einigen Werth hat und auf gute Aufnahme in der Juristenwelt rechnen darf. Freilich ist dies nur meine individuelle Meinung, die der Bestätigung der Sachverständigen bedarf.

Jede Kritik meiner Schrift wird mir sehr willkommen sein. Ich werde mich Jedem, der dieselbe einer gründlichen Beurtheilung werth halten sollte, zu einem großen Danke verpflichtet fühlen.

Sollte diese Schrift in formeller Hinsicht denjenigen Anforderungen, die man heut zu Tage auch an gelehrte Schriften stellt, nicht ganz genügen, so bitte ich im Voraus um gütige Nachsicht, die ich wohl darum beanspruchen darf, weil die deutsche Sprache meine Muttersprache nicht ist.

**Dr. jur. Zielonacki.**

# Sachregister.


## Begriff der Servituten.

Kritik der Ansichten der Rechtsgelehrten. . . . . 6

Eintheilung in Personal- und Prädial-Servituten und Unterschied beider Arten im Allgemeinen. . . . . 25

Worauf gründet sich die Eintheilung in Feld- und in Gebäude-Servituten? . . . . . 28

Innerer Unterschied der Felddienstbarkeiten von den Häuser-Servituten. . . . . 33

Woher kommt es, daß ungeachtet eines wesentlichen Unterschieds zwischen den Gebäude- und Felddienstbarkeiten, wenigstens den affirmativen in Betreff der Art und Weise, wie sie das Eigenthum beschränken, dennoch eine servitus urbana als rustica und umgekehrt bestellt werden kann? . . . . . 41

Ueber den Sinn der Eintheilung in regulaire und irregulaire Servituten. . . . . 42

Ueber den Sinn der Eintheilung in servitutes, quae in solo und in servitutes, quae in superficie consistunt. . . . . 45

## Grundsätze, welche allen Dienstbarkeiten gemeinschaftlich sind.

Servitus in faciendo consistere nequit. . . . . 46

Nemini res sua servit. . . . . 49

Servitus servitutis esse non potest. (Interpretation des Fragm. 15. de usufr.) . . . . . 49

Es darf keine von Anfang an und voraussichtlich für immer unnütze Servitut bestellt werden. . . . . 52

## Grundsätze, welche den Prädialservituten eigenthümlich sind.

Die Prädialservituten müssen causa perpetua haben . . . . . 55
Die Prädialservituten können nur unter den praedia vicina constituirt werden. (Controverse, ob die Vicinität auch bei den irregulairen Servituten gefordert wird?) . . . . . 61
Die Prädialservituten können nur dann constituirt werden, wenn deren Ausübung durch ein dazwischen liegendes Objekt nicht gehindert wird. . . . . 67
Die Prädialservituten dürfen weder bedingungsweise, noch zu einem bestimmten Zeitpunkte, noch von einem bestimmten Zeitpunkte an constituirt werden . . . . . 69
Die Prädialservituten müssen irgend einen Vortheil verschaffen. . 73

## Ueber die Felddienstbarkeiten im Besondern.

Die Wegegerechtigkeiten. . . . . 75
Die Wassergerechtigkeiten. . . . . 79
Dienstbarkeiten, deren Inhalt in der Benutzung eines bestimmten fremden Vorraths besteht. . . . . 80

## Ueber die Häuserservituten im Besondern.

Servitus oneris ferendi. . . . . 81
Servitus tigni immittendi. . . . . 85
Servitus projiciendi. . . . . 85
Servitus luminum. . . . . 86
Servitus fumi immittendi. . . . . 91
Servitus cloacae. . . . . 91
Servitus latrinae. . . . . 91
Servitus stillicidii recipiendi. . . . . 92
Servitus stillicidii non recipiendi. . . . . 92
Servitus ne luminibus officiatur. . . . . 93
Servitus luminibus officiendi . . . . . 93
Servitus prospectus. . . . . 93
Servitus altius non tollendi. . . . . 93
Servitus altius tollendi. . . . . 93

## Die Personalservituten im Besondern.

Ususfructus. Dessen Begriff. . . . . 94
Kann es einen fructus sive usu geben? . . . . . 95
Rechte des Usufructuars im Allgemeinen. . . . . 98

Rechte des Nutznießers eines Waldes. . . . . 104
Rechte des Nutznießers der Mineralgruben. . . . . 109
Rechte des Nutznießers einer Schaafherde. . . . . 111
Rechte des Nutznießers der Sklaven. . . . . 111
Pflichten des Usufructuar's. . . . . 115
Wie erwirbt der Usufructuar die natürlichen Früchte? . . . . 118
Rechtsverhältnisse zwischen dem Usufructuar und dem Conductor. . 119
Ueber den Quasi ususfructus. . . . . 121
Ueber die Cautionsleistung. . . . . 122
Ususfructus nominum. . . . . 126
Ususfructus omnium bonorum. . . . . 131
Usus. . . . . 132
Pflichten des Usuars. . . . . 135
Usus an verzehrbaren Sachen. . . . . 135
Habitatio. . . . . 135
Operae servorum. . . . . 139
Ueber die Untheilbarkeit der Servituten. . . . . 139
Folgerungen, welche sich aus ihrer Untheilbarkeit ergeben. . . 143
Begriff der Tradition im Allgemeinen und speziell der Tradition der Dienstbarkeiten. . . . . 148
Arten der Ausübung der Servituten. . . . . 150
Besitz der Servituten. . . . . 151
Dessen Erwerb, Fortdauer und Verlust. . . . . 152
Der Besitz der Servituten ist immer bonae fidei. . . . . 154
Verpflichtungen des Eigenthümers dem Servitutberechtigten gegenüber. . . . . 157
In wiefern kann der Eigenthümer mit dem Servitutberechtigten konkurriren? . . . . 159
Wie der Fall zu entscheiden ist, wenn die Weide für beide Heerden, nämlich für die Heerde des Eigenthümers, und die Heerde des Servitutinhabers nicht ausreicht? . . . . 161
Servitutes jure constitutae und servitutes tuitione Praetoris consistentes. . . . . 163
Constituirte und deducirte Servituten. . . . . 164
Auf welche Weise können die Servituten entstehen? . . . . 167
Können Servituten durch bloße Verträge errichtet werden? . . 168
Ueber die alte usucapio servitutum. . . . . 183
Ueber die longa quasi possessio und deren Erfordernisse. . . . 191

Erlöschung der Servituten durch Untergang des Gegenstandes. . 201
Erlöschung der Servituten durch Consolidation. . . . . 203
Erlöschung der Servituten durch Confusion. . . . . 204
Erlöschung der Servituten durch Dereliction. . . . . 205
Erlöschung der Servituten durch Remission. . . . . 206
Erlöschung der Servituten durch erlöschende Verjährung. . . . 206
Rechtliche Begründung der Verjährung durch non usus, so wie die Controverse, ob der ususfructus usu cessante erlösche. . . . . 207
Rechtliche Begründung der usucapio libertatis. . . . . 209
Erlöschung der Servituten durch die capitis deminutio. . . . 217

**Die zum Schutze der Servituten dienenden Rechtsmittel.**
Wonach richtet sich der Name der actio confessoria und der actio negatoria? . . . . . 219
Ueber die actio confessoria insbesondere. . . . . 222
Ueber die actio confessoria Publiciana. . . . . 223
Ueber die actio negatoria insbesondere. . . . . 224
Wem liegt die Beweislast bei der actio negatoria ob? . . . . 227
Welche Interdicte dienen zum Schutze der Personalservituten? . 244
Ob die Prädialservituten durch das Interdictum Uti possidetis geschützt werden? . . . . . 245

**Quasi possessorische Interdicte.**
Diejenigen, welche zum Schutze der Wegegerechtigkeiten dienen. 253
Diejenigen, wodurch die Wassergerechtigkeiten geschützt werden. . 258

**Anhang.**
Ueber das Interdictum Uti possidetis. . . . . 261

Bayerische
Staatsbibliothek
München

# Ueber den Begriff der Servituten.

Die Servituten bilden zusammen mit der Emphyteusis und der Superficies eine Familie der reinen jura in re, und unterscheiden sich nach dieser Seite hin wesentlich von dem Pfandrechte, indem dieses kein reines, sondern aus obligatio und jus in re gemischtes dingliches Rechtsinstitut ist.

Von der Emphyteusis und Superficies unterscheiden sich die Dienstbarkeiten in einer dreifachen Hinsicht: [1])

a) darin, daß sie die Beziehung auf ein bestimmtes einzelnes Subject enthalten, woraus sich als Folge ergiebt, daß sie:
   α) von Mehreren communiter nicht erworben werden können,
   β) daß sie quoad jus unübertragbar und unvererblich sind.
b) darin, daß dieselben von dem Servitutberechtigten selbst unmittelbar ausgeübt werden müssen, d. h. daß sie quoad usum unübertragbar sind.

   Fragm. 44. locati conducti „locare servitutem nemo potest."
c) darin, daß der Umfang der Servitutenbefugnisse ein beschränkter ist. Diese Schranke läßt sich dahin be-

---

[1]) Ich bemerke im Voraus, daß ich bei der Aufstellung des Begriffs der Servituten nur das ältere Römische Recht im Auge haben werde, denn in den späteren Zeiten ist bei der servitus habitationis und bei der servitus operarum die Modification entstanden, daß dieselben nach Analogie des ususfructus auf Andere miths- oder pachtweise übertragen werden konnten. Cf. fragm. 13. C. de ususfr. et habitatione, wo in den Anfangsworten „quum antiquitas dubitaret *usufructu habitationis* legato etc." die Annäherung des habitatio an den ususfructus deutlich genug angedeutet ist.

stimmen: die Personalservituten können nur in dem Umfange ausgeübt werden, in wie weit es das Bedürfniß der Person in ihrem Hauswesen fordert; die Prädialservituten nur in so weit, als der Vortheil über das natürliche Bedürfniß des herrschenden Praedium's nicht hinausgeht[2]).

Fragm. 5. §. 1. de S. P. R. „— ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, *non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.*“

Aus dem Umstande, daß die Ausübung der Personalservituten über das persönliche Bedürfniß nicht hinausgehen darf, theils auch aus dem Umstande, daß der Vortheil aus

---

2) Manche Rechtsgelehrte, z. B. Noodt Probab. Lib. I. c. 2, 3. behaupten, daß dieser Satz nur dem ältern, strengeren Rechte angehöre, daß aber nach dem neuern Rechte die Ausübung der Servitut auch über das Bedürfniß des berechtigten Subjects hinaus, also zum Besten dritter Grundstücke, erlaubt ist: sofern dies

a) entweder durch Vertrag gestattet wird, oder

b) sofern dies dem Herrn des dienenden Grundstücks nicht schadet.

Noodt beruft sich auf zwei Fragmente, auf das frag. 33. §. 1. de S. P. R. und auf das frag. 1. §. 16. de aqua quotid. Aber in dem ersteren Fragm. wird nichts weiter gesagt, als dies, daß sowohl dritte Personen als auch der Herr selbst einen obligatorischen Anspruch auf die Wasserschöpfung erlangen können. Uebrigens muß bemerkt werden, daß auch dies nach dem fragm. 24. de S. P. R.

„ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet possis me vicino commodare, Proculus contra. — Proculi sententia verior est.“

vom Proculus und vom Pomponius bestritten wurde.

Was das zweite Fragment anbetrifft, so referirt in demselben Ulpian nur die Meinung Labeo's, so wie dies Pomponius in dem fragm. 24. gethan hat; daß aber diese Meinung verworfen wurde, erfahren wir aus dem fragm. 24. Uebrigens kann angenommen werden, daß der Jurist an einen Fall dachte, in welchem der Berechtigte einen ihm zukommenden Wasservorrath zum Vortheil eines zweiten Prädium's verwenden wollte, also in welchem er denselben Wasservorrath in Anspruch nahm, welchen er zum Vortheil des herrschenden Grundstücks verbrauchen konnte.

der Servitut unmittelbar benutzt werden muß, ist das Verbot der Veräußerung der erworbenen Früchte zu erklären.

Fragm. 23. §. 1, de S. P. R. „ — neque servitutis fructus intelligi potest.“ [3])

Wenn wir das Gesagte kurz resumiren, so ergiebt sich, daß die Servituten in folgenden drei Beziehungen beschränkt sind: dem Subjecte nach, der Art und Weise der Ausübung nach, und dem Inhalte nach.

Man kann die hier aufgestellte Definition der Servituten angreifen, wenn man von dem Gesichtspunkte ausgeht, daß der ususfructus sich dem Begriffe nach von den eigentlichen Servituten nicht unterscheidet, indem sie auf denselben nicht paßt. Aber dieser Gesichtspunkt ist ein unrichtiger, denn wie kann der ususfructus gleichartiger Natur mit den eigentlichen Servituten sein, da keines der bei der Charakteristik der Servituten hervorgehobenen Merkmale ihm zukommt, indem er

a) weder die Beziehung auf ein einzelnes Subject enthält, noch

b) von dem Berechtigten auf eine unmittelbare Art und Weise ausgeübt werden muß, (fragm. 12. §. 2 de usufr.)

c) noch endlich auf die Befriedigung der Bedürfnisse des Berechtigten in dessen Hauswesen beschränkt ist.

Die Behauptung, daß der ususfructus auch einen mittelbaren Vortheil gewähren kann, und daß dessen Umfang nicht so beschränkt ist wie der Umfang der eigent-

---

3) Dieser Ausspruch bedarf einer Erklärung. Der Jurist wollte damit nicht das sagen, was er auf den ersten Blick sagen zu wollen scheint. Er wollte nämlich nicht sagen, daß der Usuar einer fruchttragenden Sache auf den Gebrauch derselben sensu stricto beschränkt ist, daß er die durch die Sache organisch erzeugten Früchte zu seinem Nutzen niemals verwenden darf. Der Gedanke des Juristen ist vielmehr der, daß der Servitutberechtigte keine fructus civiles erwerben könne, oder mit andern Worten, daß derselbe weder die fructus naturales, nachdem er sie percipirt hatte, verkaufen, noch das Recht der Perception derselben einem Andern gegen Entschädigung überlassen dürfe.

lichen Servituten, rechtfertigt sich daraus von selbst, daß derselbe auf Andere quoad usum übertragen werden kann, und daß der usufructuar mehr Früchte erwerben kann, als er in seinem Haushalte verbraucht. Daß der ususfructus die Beziehung auf ein einzelnes Subject nicht enthält, schließe ich daraus, daß er pro rata parte von mehreren Nutznießern erworben werden kann. Läge die Beziehung auf ein einzelnes Subject im Wesen desselben, so würde dies unter allen Umständen unzulüssig sein. [4]) Um einen vollständigen Beweis der Ansicht zu liefern, daß der ususfructus sich von den übrigen Dienstbarkeiten wesentlich unterscheidet, bleibt es noch übrig, zwei Bedenken, welche derselben auf den ersten Blick entgegen zu stehen scheinen, zu entkräften. Es sind dies:

a) der Umstand, daß der ususfructus in den Quellen servitus genannt wird,

b) der Umstand, daß er eben so wie die eigentlichen Servituten weder auf dem Wege der Universalsuccession, noch quoad jus auf dem Wege der Singularsuccession übertragbar ist.

Was den Namen anbetrifft, so widerlegt dieser meine Meinung nicht, denn da der Name servitus im weiteren Sinne jedes dingliche Recht überhaupt bezeichnet, so paßt derselbe eben so gut auf den ususfructus, wie auf die übrigen Servituten [5]).

---

4) Ich beziehe mich übrigens auf Puchta, wiewohl ich die Berufung auf Autoritäten wenig liebe, der im Cursus der Institutionen S. 448. die nämliche Ansicht aufgestellt hat: „Wenn eine Servitut," sagt Puchta, „ein von dem usus verschiedenes Element in sich trägt, das an und für sich eine Beziehung auf ein bestimmtes Subject nicht enthält, und daher auch der Veräußerlichkeit nicht widersprechen würde, so ist doch auch hier das Wesen der Servitut festgehalten." Schade! daß Puchta darauf nicht näher eingegangen ist.

5) Im weitern Sinne paßt der Name servitus auf alle dinglichen Rechte überhaupt. So wird auch in dem fragm. 86. §. 4. de leg. et fideicom. die Superficies servitus genannt. Das Fragment lautet:

Was den Einwand anbetrifft, daß der ususfructus ebenso, wie die eigentlichen Dienstbarkeiten unvererblich ist, so würde dieser meine Meinung nur dann widerlegen, wenn der ususfructus aus dem nämlichen Grunde unvererblich wäre, wie die übrigen Dienstbarkeiten es sind. Dies ist aber nicht der Fall. Die übrigen Dienstbarkeiten sind unvererblich, weil dies in ihrer innersten Natur begründet ist. Die Unvererblichkeit des Nießbrauchs wurzelt dagegen in der allgemeinen Anschauung des ältern Römischen Rechts, welchem nichts so sehr widerstrebte, als dies, daß das Eigenthum durch eine über die Lebenszeit des Berechtigten hinausgehende Dauer des ususfructus zu einem inutile geworden wäre. Den Schlüssel für die Erklärung der Unvererblichkeit des ususfructus giebt das Fragm. §. 1. J. II. 4. und das Fragm. 56. de ususfructu.

Was die Unveräußerlichkeit des ususfructus anbelangt, so ist diese eine Folge von dessen Unvererblichkeit. Denn da der ususfructus unvererblich ist, so folgt von selbst, daß er nur unter der stillschweigenden und sich von selbst verstehenden Bedingung auf Andere übertragen werden kann, daß er nicht mit dem Tode des Erwerbers, sondern mit dem Tode des Uebertragenden erlöschen soll, oder mit andern Worten, so folgt von selbst, daß er auf Andere nur quoad usum übertragen werden kann [6]).

Uebrigens giebt es auch in den Quellen einige Andeutungen, welche auf eine Verschiedenheit des ususfructus von den übrigen Servituten hinweisen. Dahin gehören

---

„valet legatum, si superficies legata sit ei, cujus in solo fuerit, licet is dominus soli sit, nam consequentur ut hac servitute liberetur, et superficiem lucrifaciat.“

6) Der Umstand, daß der ususfructus auch dann durch die capitis deminutio des *A* erlischt, wenn er auf den *B* quoad usum übertragen wurde, erklärt sich daraus, daß nicht der *B*, sondern der A als usufructuar gilt, mit andern Worten daraus, daß der ususfructus auf den *B* nur quoad usum. nicht aber quoad jus übertragen wurde.

diejenigen Fragmente [7]), wo der ususfructus den übrigen Dienstbarkeiten entgegengesetzt wird. Es ist mir nicht unbekannt, daß es gang und gäbe ist, diese Entgegensetzung des ususfructus, den Servituten gegenüber, anders zu erklären. Man denkt sich nämlich die Sache so, daß unter dem Namen servitutes vornehmlich die Prädialservituten [8]) verstanden werden, daß also der ususfructus als Repräsentant gleichsam aller Personalservituten den Prädialservituten entgegengesetzt wird. Aber diese Behauptung ist durch nichts bewiesen, und sie beruht offenbar auf der Voraussetzung, daß der ususfructus sich von den eigentlichen Servituten gar nicht unterscheidet.

## Kritik der Ansichten über den Begriff der Servituten.

Die Ansichten der Rechtsgelehrten über den Begriff der Servituten lassen sich, so verschieden sie auch unter einander sind, in drei Klassen klassifiziren. Zu der ersten Klasse rechne ich die Ansicht Guyet's, welcher in seinen Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts S. 5 ff. behauptet, daß zwischen den Servituten und den übrigen

---

7) Cf. fragm. 1. in fine de divisione rerum fragm. 1. si serv. vind. die Titelrubrik des 7. u. 8. Buchs, den Titel 2 u. 3 des 33. Buchs etc.

8) Puchta sucht diesen Sprachgebrauch näher zu begründen. Er sagt, der Name servitus werde in dem strictesten Sinne des Worts darum zur Bezeichnung der Prädialservituten gebraucht, weil die Ausübung der Personalservituten, indem sie sich der Ausübung des Eigenthums nähert, nicht in dem Grade äußerlich hervortrete, als dies z. B. bei dem Nachbar der Fall ist, wenn derselbe über das fremde Grundstück geht, oder einen Theil seines Hauses auf dem dienenden Gebäude ruhen läßt. Ich denke, daß sich die Sache gerade umgekehrt verhält, daß die Ausübung einer Personalservitut, indem sie mit der detentio rei verbunden ist, noch mehr äußerlich hervortritt, wie die Ausübung einer Prädialservitut. Ueberhaupt aber vermag ich keinen Zusammenhang zu finden zwischen dem äußern Hervortreten der Ausübung und zwischen dem Namen servitus.

jura in re kein Begriffsunterschied, sondern lediglich ein historischer Unterschied bestehe, indem die Servituten bereits in dem Zwölftafelgesetz erwähnt werden, während die Entstehung des Pfandrechts und der Superficies im Prätorischen Edicte, die der Emphyteusis in Einer Constitution des Kaisers Zeno zu suchen ist. Zu der zweiten Klasse rechne ich die Ansicht des Buchholz (Versuche Nr. 14.), welcher von dem Gesichtspunkte ausgeht, daß allerdings ein Begriffsunterschied zwischen den Servituten und den übrigen dinglichen Rechten stattfinde, daß es aber keine durchgreifenden positiven Charaktermerkmale derselben gebe, daß man sich also mit einer negativen Definition begnügen müsse, welche dahin lautet: Servituten seien diejenigen Rechte, welche sich nicht als Pfandrecht, nicht als Superficies, nicht als Emphyteusis herausstellen. Zu der dritten Klasse sind zu rechnen alle Ansichten, welche von dem wissenschaftlich richtigen Gesichtspunkte ausgehen, daß der Begriff der Servituten positiv zu bestimmen ist, daß es mit einer Definition, welche besagt, was die Servituten nicht sind, nicht abgethan ist, sondern daß es eben darauf ankommt, zu sagen, was dieselben sind. Die Ansichten, welche ich zu den zwei ersten Klassen gerechnet habe, entbehren in dem Grade alles wissenschaftlichen Gehalts, daß man sie sogar, ohne auf das Studium des Römischen Rechts näher einzugehen, durch allgemeine logische Gründe widerlegen kann. So widerspricht die Ansicht Guyet's dem bekannten logischen Satze [9]) nach welchem irgend eine Sache (hier die Servitut) nur unter der Voraussetzung mit mehreren anderen Sachen (hier die übrigen jura in re) gleichartig sein kann, wenn dieselben unter einander gleichartig sind, indem sonst höchstens nur von der Gleichartigkeit dieser Sache mit

---

9) Dieses Axiom drücken die Mathematiker so aus: zwei oder drei Größen sind einander gleich, wenn sie einer dritten oder vierten Größe gleich sind.

einer der mehreren Sachen (hier also entweder mit dem Pfandrechte, oder mit der Superficies, oder mit der Emphyteusis), nicht aber von der Gleichartigkeit derselben mit allen die Rede sein kann. Aber auch die Ansicht des Buchholz läßt sich a priori widerlegen, denn so viel steht fest, daß der Begriff einer Sache positiv aufgefaßt werden muß, daß nur derjenige denselben richtig aufstellt, welcher positive Charaktermerkmale angiebt, und daß eine solche negative Definition, wie sie Buchholz aufstellt, so gut wie gar keine ist, indem sie im Grunde genommen das naive Bekenntniß enthält: daß die Servituten von den übrigen jura in re verschieden sind, weiß ich wohl; aber worin dieser Unterschied bestehe, daß eben weiß ich nicht. Die Ansicht des Buchholz ist aber auch darum als falsch a priori abzuweisen, weil es logisch unmöglich ist, daß die Servituten keine positiven Charaktermerkmale haben sollten, da sie ja

a) früher entstanden sind, wie die übrigen jura in re, und da es

b) nicht denkbar ist, daß sie ihren positiven Begriff durch deren Entstehung hätten verlieren sollen.

Nun komme ich zu den positiven Ansichten, welche den Vorzug vor den obengenannten haben, daß sie auf wissenschaftlichem Boden wurzeln. Ich nenne zuerst die Ansicht Löhr's, welcher die Servituten in seinem Magazin Bd. III. S. 486 ff. als jura in re definirt, die zum Vortheil eines bestimmten Subjects, sei es einer Person, sei es eines praedium's bestellt werden, die also unvererblich und unveräußerlich sind. Man sieht hieraus, daß Löhr nur ein einziges Merkmal der Servituten hervorhebt, und die beiden übrigen Momente, welche zu einer vollständigen Charakteristik derselben wesentlich sind, verschweigt, nämlich den Umstand, daß sie unmittelbar von dem Servitutberechtigten ausgeübt werden müssen und daß ihr Inhalt auf das Bedürfniß des berechtigten Subjects beschränkt ist.

Puchta hebt in seinem Werke „Cursus der Institutionen“ neben dem Merkmale, daß die Servituten die Richtung auf ein bestimmtes Subject enthalten, den Umstand als einen die Servituten sehr charakterisirenden hervor, daß dieselben sich am reinsten unter allen jura in re vom Eigenthume abheben, und so den bestimmtesten Gegensatz von demselben bilden — einen Gegensatz, der sogar in der Klage, mit welcher die Servituten geschützt werden, hervortrete; denn während die übrigen jura in re auch in dieser Hinsicht durch die vindicatio einer res corporalis dem Eigenthume sich nähern, stehen die Servituten durch die auf das Recht selbst, die *res incorporalis* gerichtete Klage auch hier von ihm abgesondert.

Gegen diese Auffassung läßt sich Manches einwenden. Wenn Puchta behauptet, daß die Servituten unter allen jura in re sich am reinsten vom Eigenthum abheben, so ist dies unrichtig, denn das Pfandrecht als obligatio realis bildet einen noch größeren Gegensatz von dem Eigenthum, wie die Servituten.

Aber auch die Behauptung ist unrichtig, daß die Servitutenklage allein auf die Geltendmachung des Rechts selbst geht, denn dasselbe gilt auch von der Pfandrechtsklage. [10]) Ueberhaupt kann der Natur der Sache nach nur die Eigenthumsklage auf die res corporalis gerichtet werden, denn da nur das Eigenthum sich in der Sache ver-

---

[10]) Daß die actio serviana und quasi serviana als eine rei vindicatio utilis nicht betrachtet werden kann, ergiebt sich:

a) daraus, daß nicht allein körperliche Sachen, sondern auch Rechte verpfändet werden können. Wäre die Pfandrechtsklage eine rei vindicatio utilis, so würde das Pfandrecht an einem Rechte entweder unzulässig sein, oder es würde wenigstens nicht eingeklagt werden können, da die Anstellung der Eigenthumsklage ein körperliches Objekt voraussetzt;

b) daß die Pfandrechtsklage auf die Geltendmachung des Rechts selbst gerichtet ist, geht auch aus dem Ausdrucke „vindicatio pignoris“ hervor, der in den Quellen oft vorkommt.

körpert, so kann auch nur das Eigenthumsrecht durch die Vindication der Sache geltend gemacht werden. Wenn daher — was nicht zu leugnen ist — auch die Klage aus der Emphyteusis und aus der Superficies auf die res corporalis gerichtet ist, so ist dies aus dem an sich anomalischen Umstande zu erklären, daß die Emphyteusis und die Superficies keine eigene Klage haben, sondern durch die Eigenthumsklage als utilis, da deren Cession von Seiten des Eigenthümers an den Ephyteuta und den Superficiar fingirt wird, geschützt werden.

Büchel betrachtet in seinen civilrechtlichen Erörterungen Band I. N. 3. den Umstand als das specifische Charaktermerkmal der Servituten, daß durch deren Constituirung bestimmte Befugnisse aus dem Umfange des Eigenthums abgelöst, und auf das berechtigte Subject dem Rechte nach selbstständig, d. h. als eigene und vom Eigenthume unabhängige Rechte übertragen werden, so daß, soweit die Befugnisse reichen, dem Rechte nach weniger im Eigenthum enthalten sei, die Servitut also auf der einen Seite eine deminutio dominii, auf der andern, wenigstens bei den Prädialservituten, ein augmentum dominii bilde. — Dieselbe Ansicht hat auch Luden in seiner geistlosen und oberflächlichen Schrift über die Servituten aufgestellt.

Die Büchel'sche Ansicht ist, wenn man den historischen Entwickelungsgang des römischen Sachenrechts verfolgt, an sich unwahrscheinlich. Nach der Anschauungsweise des ältesten jus civile konnte die Eigenthumsfreiheit, die wenigen aus Rücksicht auf das allgemeine Wohl zulässigen Beschränkungen abgerechnet, nicht beschränkt werden. Wenigstens so viel steht fest, daß dieselbe nach dem ältesten jus civile zum Vortheil einer Privatperson nicht beschränkt werden konnte. Später gewann die Ansicht den Sieg, daß ein solches starres Gegenüberstehen der Eigenthümer ein-

ander gegenüber dem commercium nachtheilig ist, und dieser Ansicht verdanken die Servituten ihre Entstehung. Wie kann man nun denken, daß die erste Reform der Satzungen des ältesten Rechts nicht auf eine einfache Beschränkung der Eigenthumsfreiheit, sondern auf eine deminutio dominii gehen sollte? Dies wäre um so mehr auffallend, als das Eigenthum durch die übrigen viel später entstandenen jura in re nur einfach beschränkt wird.

Die Ansicht Büchel's ist aber nicht allein an sich höchst unwahrscheinlich, sondern sie widerspricht geradezu dem Begriffe des Eigenthums. Es sind zwei Momente, die wir im Eigenthum unterscheiden müssen:

a) den Begriff des Eigenthums an und für sich;

b) die einzelnen im Eigenthum materiell enthaltenen jura dominii, als da sind: jus utendi, jus abutendi, ususfructus, jus alienandi u. s. w.

Den Begriff des Eigenthums an sich kann man definiren als die vom Staate anerkannte und sich auf einen objectiven Rechtstitel stützende Herrschaft der Person über die Sache. Zu dieser Herrschaft stehen nun die einzelnen jura dominii in dem Verhältniß der Folge zum Grunde, denn sie kommen dem Eigenthümer nicht als selbstständige, für sich stehende Rechte zu, sondern nur vermöge seiner Herrschaft über die Sache. Dies Alles ist sehr richtig ausgesprochen in dem frag. 5. §. 1. si ususfr. pet.

„Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, *quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet.*“

Ja noch mehr, wenn der Eigenthümer diese einzelnen Rechte an seiner Sache ausübt, so thut er nichts weiter, als daß er die ihm zukommende Herrschaft über die genannte Sache, die ohne den Gebrauch der Sache nur in seinem Willen, also nur auf eine rein theoretische Weise existiren würde, durch die That, also praktisch manifestirt. Wir

können also die Sache auch so ausdrücken: im Eigenthum sind zwei Seiten zu unterscheiden, das Eigenthum nach seiner theoretischen Seite, und das Eigenthum nach seiner practischen Seite hin. Das Eigenthum nach seiner theoretischen Seite hin bedeutet die an sich seiende Herrschaft der Person über die Sache. Nach seiner practischen Seite hin bedeutet es die durch die That, d. h. durch den Genuß der einzelnen jura dominii manifestirte Herrschaft der Person über die Sache. Wir sehen hieraus, daß ein inneres Band zwischen der Herrschaft der Person über ihre Sache an sich, und zwischen den einzelnen jura dominii besteht, daß Beides Ein und Dasselbe ist, nur in verschiedener Richtung. Und ist dies der Fall, so können die einzelnen jura dominii unmöglich von dem Eigenthume ganz abgelöset werden, d. h. dem Rechte nach, quoad jus, weil dies den Begriff des Eigenthums aufheben würde; vielmehr können sie nur dem Gebrauche nach, quoad usum, von demselben getrennt werden, d. h. nur auf Zeit und mit der Möglichkeit der Rückkehr, so daß ihre Trennung von dem Eigenthume nur als eine temporäre Suspension der vollen Eigenthumsfreiheit erscheint. Ja, diese Forderung, daß die einzelnen jura dominii nur auf Zeit von der proprietas getrennt werden, tritt sogar bei den Servituten am bestimmtesten hervor, da sie unvererblich sind. Wie reimt sich nun, frage ich, das Verbot der Vererblichkeit mit der Annahme der deminutio dominii?

Die Annahme der deminutio dominii widerlegt sich ferner dadurch, daß sie einen logischen Widerspruch enthält. Denn daraus, daß die Dienstbarkeiten, indem sie an der fremden Sache ausgeübt werden, sich in einem natürlichen Nexus mit der Sache befinden, folgt, daß sie auch mit dem Eigenthum, zu welchem die Sache, da dieselbe eben die Herrschaft über die Sache ist, sich in einem juristischen Nexus befindet, in einem gewissen Verbande stehen müssen.

Doch zugegeben auch, daß das Eigenthum durch die Constituirung einer Servitut deminuirt wäre, so steht doch so viel fest, daß diese deminutio nur in Folge einer divisio dominii eintreten könnte, da, wo keine Theilung geschieht, auch keine deminutio stattfinden kann. Wäre nun die divisio dominii vorgenommen, so könnte dies nur pro partibus indivisis geschehen, d. h. nur nach Quotentheilen, nur nach bestimmten Bruchtheilen. Wäre aber das Eigenthum pro partibus indivisis getheilt, so würde daraus entstehen ein condominium des Eigenthümers, dem eine große pars indivisa, und des Servitutberechtigten, dem eine kleinere pars indivisa zufällt. — Da nun aber die Servituten überall jus in re, nicht aber ein dominium [11]) genannt werden, so schließe ich daraus, daß durch die Constituirung derselben das Eigenthum nicht deminuirt werden kann.

Die Ansicht Büchel's wird aber nicht allein durch innere Gründe widerlegt, sondern auch durch diejenigen Quellenaussprüche, in welchen von einer Rückkehr der Servitut zur proprietas nach dem Aufhören derselben die Rede ist.

Wäre die Servitutenbefugniß von der proprietas völlig abgetrennt gewesen, so würde von einer Rückkehr derselben gar nicht die Rede sein können, da dasjenige, was aus aller Gemeinschaft zu der proprietas herausgetreten wäre, als etwas ganz Neues erworben werden müßte.

Die bis jetzt gegen die Büchel'sche Ansicht vorgetragenen Bedenken beziehen sich auf die Personalservituten

---

11) Wenn Vangerow behauptet, daß Duroi die Annahme der deminutio dominii auf die Spitze getrieben habe, so ist das unrichtig. Denn aus der Annahme, der deminutio dominii folgt von selbst die weitere Annahme daß die Servituten ein dominium, ein condominium sind. Duroi verdient nur den Vorwurf, daß er sich die Servituten als ein dominium juris denkt. Hätte er sich dieselben als ein gewöhnliches condominium gedacht, so würde seine Ansicht zwar falsch, aber wenigstens konsequent sein.

und die Felddienstbarkeiten. Was die Gebäudeservituten anbelangt, so widerlegt sich die Annahme der deminutio dominii außerdem dadurch, daß bei ihnen jede factische Voraussetzung für dieselbe mangelt, indem durch die Constituirung derselben keine der im Eigenthum materiell enthaltenen Befugnisse auf den Servitutberechtigten übertragen werden. Cf. darüber S. 22 u. 23.

Es bleibt noch übrig darzuthun, daß auch die Argumente, mit welchen Büchel seine Ansicht zu unterstützen sucht, dieselbe nicht wahrscheinlicher machen. Büchel[12]) weiset darauf hin, daß in manchen Fragmenten des Römischen Rechts der Usufructuar dominus genannt wird. Aber dies beweiset nichts, denn der Fructuar wird offenbar in dem nämlichen uneigentlichen Sinne dominus genannt, in welchem von einem proprietas dominus und von einem negotiorum gestorum dominus gesprochen wird. Ueberhaupt scheint mir die Berufung auf diese Stellen von dem Büchel'schen Gesichtspunkte aus sehr bedenklich. Denn ist der Ausdruck dominus dort im eigentlichen Sinne gebraucht, so folgt daraus, daß nicht seine Ansicht, sondern die Ansicht des Duroi eine richtige ist, welcher sich die Servituten als ein dominium juris denkt. Nicht mehr beweisend für die Richtigkeit der Ansicht Büchel's ist der Umstand, daß die possessio auf die Servituten übertragen wurde. Denn die possessio, welche ihrem innersten Wesen nach nur auf corpora paßt, ist erst später auf die Dienstbarkeiten übertragen worden und zwar ganz auf die nämliche uneigentliche Art, in welcher — um auf ein naheliegendes Beispiel zu verweisen — der ususfructus auf die res fungibiles übertragen wurde.

Ferner beruft sich Büchel auf das fragm. 5. §. 9. de

---

12) Ich beziehe mich auf die erste Ausgabe der Büchel'schen Schrift, da ich — was ich sehr bedaure — die zweite Ausgabe nicht bekommen konnte.

operis novi nunt. Diese Stelle spricht allerdings von einer deminutio juris, aber offenbar nicht in dem Sinne, in welchem Büchel das Wort deminutio nimmt. Der Sinn dieses Fragments ist nämlich der: durch die Constituirung einer Dienstbarkeit erhält das Eigenthum des Einen einen Zuwachs, das Eigenthum des Andern eine Verminderung; daß aber diese Verminderung durch eine völlige abreptio einer bestimmten Befugniß geschehe, dies wird nicht gesagt.

Wo möglich noch weniger beweiset das fragm. 4. de usufr. Denn in diesem wird der Gedanke ausgesprochen, daß der ususfructus, wenn er auf einen Dritten nicht übertragen wurde, im Eigenthume als eine pars dominii enthalten ist, d. h. daß er von dem Eigenthümer nicht als ein jus proprium und separatum a dominio ausgeübt wird, sondern eben als ein Eigenthumsrecht. Somit ist der Sinn dieses Fragments der nämliche wie der des fragm. 5. §. 1. si ususfruct. pet.

Eben so wenig wird die Ansicht Büchel's durch das fragm. 58. de V. O. unterstützt, denn in demselben ist ganz der nämliche Gedanke durchgeführt, wie in dem fragm. 4. de usufr., wenn auch in einer unrichtigen Form des Ausdrucks. Das unrichtige, das Schiefe in der Ausdrucksweise Julian's, aus dessen Schriften dieses Fragment herrührt, liegt darin, daß Julian den Erwerb des ususfructus, welcher ein jus dominii ist, mit dem Erwerbe einer pars der res corporalis identificirt. — Dann liegt das Unrichtige in der Ausdrucksweise Julian's darin, daß er den ususfructus, der doch in dem vorliegenden Falle vor dem Eigenthum erworben wurde, als ein Eigenthumsrecht bezeichnet, während derselbe vor dem Erwerbe des Eigenthums eine bloße servitus war. Uebrigens bemerke ich zur Ehrenrettung Julian's, daß derselbe nach dem Zeugnisse des Paulus in dem fragm. 25. de V. S., von einem richtigen Gesichtspunkte ausgeht und den Erwerb oder

Verlust des ususfructus von dem Erwerb oder Verlust einer pars rei corporalis für verschieden erklärt.

Thibaut geht in seinem Systeme des Pandektenrechs §. 749. davon aus, daß die dinglichen Rechte dem Berechtigten entweder bloße Nutzungsrechte, oder bloße Proprietätsrechte, oder beides zugleich ertheilen, oder nur dahin gehen, daß der Eigenthümer etwas nnterlasse. Unter die erste und letzte Rubrik, meint er, gehören im Ganzen die Dienstbarkeiten.

Diese Charakteristik der Servituten ist eine sehr ungenaue. Dies scheint auch Thibaut selbst gefühlt zu haben, denn er sagt Note m., daß „eine ganz scharfe Definition der Servituten im Gegensatz der Superficies, der Emphyteusis und des Pfandrechts mehr als schwer ist."

Was die Eintheilung der Rechte des Eigenthums in Nutzungs- und Proprietäts- Rechte anbetrifft, so ist nur zweierlei möglich, entweder verbinder Thibaut damit den Gedanken, daß die letzteren Rechte die wesentlichen sind, oder er verbindet damit diesen Gedanken nicht. Im erstern Falle wird dieselbe dadurch entkräftet, daß alle Rechte des Eigenthums in sofern wesentlich sind, als sie sich aus der Herrschaft über die Sache ergeben, und nur auf Zeit, d. h. mit der Möglichkeit der Rückkehr, auf Andere übertragen werden können. Im zweiten Falle bedarf die Eintheilung, von welcher Thibaut hier ausgeht, keiner Widerlegung, denn sie entbehrt aller Begründung.

Die Ansicht des Duroi geht darauf hinaus, daß die Servituten kein eigenes, vom Eigenthum verschiedenes, dingliches Rechtsinstitut sind, sondern eine Art Eigenthum au einem jus. Das gewöhnliche Eigenthum habe eine res corporalis, die Servituten haben ein jus, also eine res incorporalis zum Objecte. Auch in der Klage trete die innere Verwandtschaft der Servituten mit dem Eigenthume hervor, indem die actio confessoria sich nur darin von der rei vindicatio unterscheidet, daß durch die letztere

eine res corporalis, durch die actio confessoria eine res incorporalis vindicirt werde. Diese res incorporalis, welche man mit der actio confessoria vindicirt, sei das Servitutenrecht selbst. So sei die Servitut zu gleicher Zeit ein Recht und ein Object des Rechts. Das gehe aus den Stellen des Römischen Rechts hervor, wo die Servituten, indem sie res incorporales genannt werden, nicht als Rechte für sich, sondern als Gegenstände von Rechten in Betracht kommen. Dies sei auch sonst in dem System des Römischen Rechts sichtbar. So kommen die Servituten nicht als Rechte neben dem Eigenthum vor, sondern als Sachen neben andern Sachen, und als Gegenstände des Eigenthums.

Die Ansicht Duroi's widerlegt sich zunächst durch das Widersinnige, das in ihr enthalten ist, denn ein Eigenthum an einem jus ist ein wahres juristisches Unding. Eben so widersinnig ist die Behauptung, daß die Servituten ein Object und ein Recht sind, denn ein Recht kann nicht zu gleicher Zeit Object des Rechts sein. Beides ist verschieden wie Feuer und Wasser. Wenn sich Duroi auf die Stellen beruft, wo die Servituten res incorporales genannt werden, so verwechselt er zwei von einander wesentlich verschiedene Begriffe, nämlich den Mangel an Persönlichkeitsqualität, oder vielmehr die sich aus demselben ergebende Eigenschaft als Sache, mit dem Objecte, an dem ein Recht zusteht, da in diesen Fragmenten die Servituten darum res incorporales genannt werden, weil ihnen einerseits die Qualität der Persönlichkeit[13]), andererseits, da man sie physisch nicht ergreifen kann, die Eigenschaft der corpora mangelt.

Endlich widerlegt sich die Ansicht des Duroi durch ausdrückliche Quellenzeugnisse, indem die Servituten ein jus in re aliena genannt werden.

Fragm. 1. de usuf. und fragm. 2. eod.

---

13) Fragm. 16 de reb. corp. et incorp.

Was den Umstand anbetrifft, daß Duroi sich die actio confessoria als eine vindicatio rei incorporalis denkt, so ist zu sagen, daß ein Recht auf dieselbe Weise nicht vindicirt werden kann, wie man eine res corporalis vindicirt. Es ist allerdings wahr, daß in den Quellen oft von einer vindicatio ususfructus, servitutis geredet wird. Aber dieser Ausdruck kommt dort in einer weitern Bedeutung vor. Im engern Sinne kann die vindicatio nur da vorkommen, wo ein dominium ist, und es ist also dem Duroi wenigstens das Lob einer scharfen Consequenz nicht zu versagen, daß er neben dem dominium juris von einer vindicatio juris im engern Sinne spricht. Die vindicatio juris ist nichts mehr, nichts weniger als eine petitio juris, während die vindicatio einer res corporalis ein gerichtliches Zurückfordern der Sache auf Grund des Eigenthums als eines Objects ist, und sich somit von der petitio juris unterscheidet, da dieses als ein Recht zum Objecte, welches man vindiciren dürfte, nicht werden kann.

Vangerow hebt § 338 zwei Charaktermerkmale der Servituten hervor. Er sagt nämlich: Servituten seien diejenigen jura in re, welche

a) zum Vortheil eines bestimmten berechtigten Subjects gereichen;

b) vermöge deren einzelne Eigenthumsbefugnisse auf den Servituteninhaber übertragen werden, und zwar, je nachdem die Servitut eine Gebäudeservitut einerseits, oder eine Personalservitut und Felddienstbarkeit anderseits ist, in einer verschiedenen Art und Weise übertragen werden, einfach bei den Rural- und Personalservituten, mit eingetretener deminutio dominii bei den Gebäudeservituten.

Was an der Definition Vangerows am meisten auffallend ist, ist der Umstand, daß Vangerow gerade da eine deminutio dominii annimmt, wo sie aus einem doppelten Grunde unzulässig ist:

a) aus einem factischen; [14])
b) aus einem juristischen;
daß er dagegen dieselbe da verwirft, wo sie nur aus dem juristischen Grunde unmöglich ist. Im Uebrigen widerlegt sich die Ansicht Vangerows durch die nämlichen Gründe, durch welche die Ansicht Büchels widerlegt wird. Nur kommt noch ein neues Argument gegen sie hinzu, daß es nicht einzusehen ist, weshalb die deminutio dominii nur bei einer Art der Servituten eintreten sollte.

Ich erlaube mir noch eine Bemerkung. Wenn man die Definition des Eigenthums, welche Vangerow § 295 aufstellt, mit der Ansicht vergleicht, welche er über die Servituten entwickelt hat, so wird man finden, daß seine Ansicht über die Gebäudeservituten im Widerspruch steht mit seiner Definition des Eigenthums. Denn da Vangerow jede Art der Eigenthumsbeschränkung nur als eine temporäre Suspension der einzelnen materiellen Rechte des Eigenthums betrachtet, so folgt von selbst, daß er entweder seine Definition des Eigenthums, oder seine Definition der Gebäudeservituten zurücknehmen muß. Uebrigens ist auch die Vangerowsche Definition des Eigenthums eine unrichtige. Denn der Kern derselben ist der, daß der Begriff des Eigenthums in der Möglichkeit bestehe, alle materiellen Rechte des Eigenthums an der Sache ausüben zu können. — Aber diese Möglichkeit muß doch auf irgend einem Grunde beruhen. Hätte Vangerow dies bedacht, so würde er auf diesen Grund näher eingegangen sein und hätte sicherlich den wahren Begriff des Eigenthums gefunden und es definirt als die absolute vom Staate anerkannte (also nicht eine rein subjective, wie im Besitze' sondern objective) Herrschaft der Person über die Sache.

Scheuerl definirt die Servituten in der Zeitschrift für G. Rev. Bd. XII. N. 7. als Rechte, welche auf einer

---

14) Cf. weiter unten S. 22 und 23.

wahren Veräußerung [15]) einer bestimmten Eigenthumsbefugniß beruhen, aber nicht derjenigen, welche der Servituteninhaber erwirbt, sondern derjenigen, welche ihr gegensätzlich entspricht. Bei der Constituirung der negativen Servituten werde von dem Eigenthümer eine dem Inhalte der Servitut entgegengesetzte positive Befugniß veräußert, also werde durch die Constituirung der servitus altius non tollendi das jus altius tollendi, bei der Constituirung der servitus ne luminibus officiatur das jus luminibus officiendi etc. veräußert. Bei der Constituirung einer affirmativen Dienstbarkeit veräußert der Eigenthümer das Recht, diejenige Handlung zu verwehren, zu deren Vornahme die Servitut berechtigt; also veräußert er durch die Constituirung einer Wegegerechtigkeit das jus ire, agere prohibendi, durch die Constituirung einer Wassergerechtigkeit das jus aquam ducere, haurire prohibendi. —

Zunächst bemerke ich, daß es mir nicht ganz klar geworden ist, wie sich Scheuerl den Verlust einer dem Inhalte der Servitut entgegengesetzten Befugniß denkt. Es ist indeß nur zweierlei möglich: entweder denkt sich Scheuerl die Sache so, daß die genannte Befugniß, also nicht das jus uti frui, ire agere, tigni immittendi etc., sondern das jus uti frui, ire agere, tignum immittere etc. prohibendi auf den Servitutenberechtigten übertragen wird, oder so, daß die genannte Befugniß von dem Eigenthümer nur verloren, gleichsam derelinquirt wird, so daß der Servitutberechtigte das jus ire agere, uti frui etc. darum ausüben kann, weil der Eigenthümer ihn, da er das Recht

15) S. 255. Die Römer sahen, sagt Scheuerl, in der Bestellung der Servitut etwas Anderes, als einen Act, wodurch blos die Ausübung des Eigenthums beschränkt werden soll; sie sahen darin wirklich die Veräußerung eines Stücks vom Eigenthum. Scheuerl stellt folgenden Satz auf: Durch die Constituirung einer Dienstbarkeit werde das dominium, so weit die Befugnisse des Servitutberechtigten gehen, zu einem dominium quiescens, in Betreff der entgegengesetzten Befugnisse, werde dasselbe dagegen zu einem dominium deminutum.

ire agere etc. prohibendi derelinquirt hat, an der Ausübung der genannten Handlungen nicht hindern darf. — Im ersten Falle widerlegt sich die Ansicht Scheuerls durch den Umstand, daß das Recht, Jemandem etwas zu verbieten, die Befugniß, selbst etwas thun zu können, nicht involvirt. In der That hat auch der Eigenthümer neben dem Recht, die Benutzung seiner Sache dritten Personen zu verhindern, das besondre Recht, die Sache benutzen zu dürfen. Auf dieselbe Weise muß auch dem Usufructuar so wie anderen Servitutberechtigten neben dem Verhinderungsrechte noch ein besonderes positives jus utendi fruendi zukommen. Die Sache ist also die: wer ein positives Recht hat, hat auch als Folge davon das negative Verhinderungsrecht, nicht umgekehrt. — Denkt aber Scheuerl an eine Dereliction einer dem Inhalte der Servitut entgegengesetzten Befugniß, so ist der Einwand zu machen, daß man zwar eine res corporalis sammt dem Eigenthum an derselben und allen materiell in ihr liegenden Befugnissen, nicht aber eine einzelne Befugniß derelinquiren kann. Denn da die deminutio dominii unzulässig ist, so muß auch die Dereliction einer einzelnen Eigenthumsbefugniß unzulässig sein, da diese eine deminutio dominii involvirt.

Was die Behauptung anbetrifft, daß die Servituten als vom Eigenthum getrennte und auf Andere übertragene Befugnisse nicht gedacht werden können, so ist diese nur theilweise eine richtige, nämlich nur in Bezug auf die Gebäudeservituten. Damit ist aber nicht gesagt, daß Scheuerl das Wesen der Gebäudeservituten richtig aufgefaßt hätte. Vielmehr ist zu sagen, daß nur der negative Theil seiner Untersuchung vortrefflich ist. Die Sache verhält sich nämlich folgendermaßen: Durch die Constituirung einer Personal- oder Felddienstbarkeit trägt der Eigenthümer eine bestimmte Eigenthumsbefugniß auf einen Andern über. Hier correspondirt also direct der Erwerb auf der Seite des Berechtigten dem Verluste auf der Seite

des Eigenthümers, denn der Berechtigte erwirbt gerade dasjenige, was der Eigenthümer verliert. Somit ist die herrschende Ansicht, wonach Personalservituten und Felddienstbarkeiten als vom Eigenthum getrennte Rechte gedacht werden, eine richtige. Scheuerl sucht zwar auch hier das Gegentheil zu beweisen, aber seine Argumente werden wohl keinen Unbefangenen überzeugen.

Die herrschende Ansicht wird durch viele Fragmente unterstützt, in denen von einem Zurückkehren einer bestimmten Befugniß zu der proprietas nach der Erlöschung der Servitut gesprochen wird, was nur dann möglich ist, wo diese Befugnisse vom Eigenthum getrennt und auf Andre übertragen wurden.

Was die Gebäudeservituten nun anbelangt, so ist allerdings wahr, daß durch deren Constituirung keine im Eigenthum materiell enthaltenen Befugnisse auf einen Andern übertragen werden; denn das Recht, welches der Servitutberechtigte erwirbt, konnte niemals von dem Eigenthümer ausgeübt werden [16]). Aber es ist unrichtig, wenn Scheuerl sich denkt, als ob der Eigenthümer eine Befugniß veräußere und der Servitutinhaber in Folge dessen eine entgegengesetzte Befugniß erwerbe. Die Sache ist vielmehr die: daß der Eigenthümer durch die Con-

---

16) Ich nehme beispielsweise die affirmativen Dienstbarkeiten protegendi, projiciendi, tigni immittendi. Es ist augenscheinlich, daß nicht das jus protegendi, tigni immittendi u. s. w., sondern die entgegengesetzten Befugnisse von dem Eigenthümer früher ausgeübt wurden. Denn der Eigenthümer hatte das Recht, das Bauen des protectum projectum u. s. w. zu verbieten. Ganz dasselbe tritt bei den negativen Gebäudedienstbarkeiten ein. Auch hier erwirbt der Berechtigte eine ganz neue Befugniß. Hierin stimmen die negativen Dienstbarkeiten mit den positiven überein. Sie unterscheiden sich aber darin von den positiven Dienstbarkeiten, daß der Berechtigte durch den Erwerb der letzteren das Recht erwirbt, dem Eigenthümer eine bestimmte Handlung zu verbieten, während er umgekehrt durch die ersteren die Befugniß erwirbt, dasjenige zu thun, was der Eigenthümer ihm früher verbieten konnte.

stituirung einer Gebäudeservitut keine Befugniß veräußert, weder die, welche der Servitutinhaber auszuüben berechtigt ist, wie allgemein angenommen wird, noch die ihr entgegengesetzte, wie dies Scheuerl behauptet; aber es wird eine bestimmte Befugniß des Eigenthümers durch den Erwerb der entgegengesetzten Befugniß des Servitutinhabers suspendirt. [17])

Viele Rechtsgelehrte definiren die Servituten so: Servituten seien diejenigen dinglichen Rechte, wodurch Jemand einzelne materielle Befugnisse, welche von dem Eigenthum getrennt werden, erwirbt, die mit dem Tode des berechtigten Subjects, wenn dasselbe eine Person, oder mit dem Untergange, wenn dasselbe ein prädium ist, erlöschen, oder mit andern Worten, die unveräußerlich und unvererblich sind. — Diese Definition trifft zunächst der Vorwurf, daß sie

17) An diesen innern Unterschied der Gebäudeservituten von den Personal- und Felddienstbarkeiten knüpft sich von selbst ein andrer Unterschied in Betreff der Erlöschung der Servitut in Folge einer in jure cessio an den Eigenthümer. Da durch die Constituirung einer Personalservitut und einer servitus rustica eine bestimmte im Eigenthum materiell enthaltene Befugniß auf einen Andern übertragen wird, so folgt, daß die genannte Befugniß selbst zum Gegenstande der in jure cessio gemacht wird. Ganz anders verhält sich die Sache bei den Gebäudeservituten. Hier kann das jus tigni immittendi, projiciendi zum Gegenstande der in jure cessio an den Eigenthümer nicht gemacht werden, denn der Eigenthümer hatte das Recht nie ausgeübt, indem es zu den im Eigenthum materiell enthaltenen Befugnissen nicht gehört. Hier muß also der Eigenthümer folgende Worte vor dem Prätor sprechen: jus tigni immittendi tibi esse nego. — Scheuerl ist freilich anderer Meinung, was er von seinem Gesichtspunkte aus sein mußte. Er meint: als Regel sei das anzunehmen, daß nicht die Servitutenbefugniß selbst, sondern daß immer die ihr entgegengesetzte Befugniß zum Gegenstande der in jure cessio an den Eigenthümer gemacht werde. Und wenn nach ausdrücklichen Quellenzeugnisse der ususfructus selbst zum Gegenstande einer solchen in jure cessio gemacht werden könne, so sei dies nur als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten, welche übrigens nur auf den ususfructus und den usus einzuschränken sei. —

zu unbestimmt ist. — So wird nicht näher gesagt, was man unter den einzelnen Befugnissen denken solle. Meint man damit, daß durch die Servituten insofern nur einzelne Befugnisse auf einen Andern übertragen werden, als der Umfang der Servitutenbefugnisse ein beschränkter ist, so ist dagegen nichts zu sagen, denn die Servituten charakterisiren sich dadurch wirklich. Dann paßt dieselbe — vorausgesetzt, daß man sich die Trennung als eine deminutio dominii nicht denkt — nur auf die Personal- und Felddienstbarkeiten, nicht auch auf die Gebäudeservituten, denn durch die Constituirung derselben erwirbt der Berechtigte solche Befugnisse, welche im Eigenthum nicht enthalten waren, und eben darum vom Eigenthümer auf den Servitutberechtigten nicht übertragen werden können.

Manche wollen, indem sie sich offenbar auf die Definition der Servituten, welche in einem Fragmente das so lautet:

„servitus est jus in re aliena, qua dominus aliquid aut non facere aut pati tenetur,“

enthalten ist, beziehen, darin das charakteristische Merkmal der Servituten finden, daß sie entweder in einem facere oder in einem pati bestehen. Diese Definition ist aber höchst ungenau, indem sie die Servituten nur in ihrem Unterschiede von den Obligationen charakterisirt, nicht aber auch in ihrem Unterschiede von den übrigen dinglichen Rechtsinstituten, worauf es doch vornehmlich ankommt. Was das citirte Fragment anbetrifft, so rührt dasselbe unzweifelhaft aus einer Zeit her, wo es noch keine andern jura in re außer den Servituten gab, und es ist daher ganz in der Ordnung, daß in demselben die Servituten auf eine so allgemeine Weise charakterisirt werden, da es in jenen Zeiten nur auf die Hervorhebung der Unterschiede zwischen ihnen und den Obligationen ankommen konnte. Es ist daher nicht dem Juristen, von welchem das Frag-

ment herrührt, ein Vorwurf zu machen, sondern den Compilatoren, daß sie dies Fragment gedankenlos in das corpus juris aufnahmen. —

## Eintheilung der Servituten in Personal- und Prädial-Servituten und ihr Unterschied.

Die Servituten theilen sich:

a) in Personalservituten.

b) in Prädialservituten.

Personalservituten heißen diejenigen, welche zum Vortheil, sei es einer eigentlichen, sei es einer juristischen Person, bestimmt sind. Prädialservituten werden diejenigen genannt, welche zum Vortheil eines Prädiums bestellt wurden.

Das Unterscheidende der Personalservituten von den Prädialservituten liegt darin, daß jene das Eigenthum zum Vortheil einer Person, diese zum Vortheil eines andern benachbarten Eigenthums beschränken. In dieser besondern Beziehung unterscheiden sich die Prädialservituten nicht allein von den Personalservituten, sondern auch von der Emphyteusis und Superficies. An diesen Unterschied knüpft sich von selbst der Unterschied an, daß die Personalservituten, ebenso wie die übrigen jura in re und wie das Eigenthum, als selbstständige Rechte erscheinen, während die Prädialservituten als Accessionen des herschenden Eigenthums, und da das Eigenthum sich an dem Prädium verkörpert, als Accessionen der praedia sich darstellen [18]).

---

18) Daraus nun, daß die Prädialservituten Accessionen der praedia sind, ergeben sich wichtige Folgerungen:

a) daß eine Veräußerung der Prädialservitut ohne Veräußerung des Prädiums unmöglich ist (wären sie bloße Pertinenzen der praedia, so würde eine Trennung derselben von dem praedium möglich sein),

Die Ansicht daß die Prädialservituten Accessionen der praedia sind, ist in dem fragm. 86. de v. s. „quid aliud sunt jura praediorum quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas salubritas, amplitudo?“ und

Fragm. 12. quemadm. servit. amitt. „fundus enim qualiter se habens“

auf die höchste Spitze getrieben, indem in ihnen die Servituten mit den natürlichen Attributen des herschenden Prädiums identificirt werden, was unrichtig ist, denn sie verschaffen dem Prädium bestimmte Attribute. So wie die Prädialservituten als Accessionen des herschenden Prädiums erscheinen, so stellen sich die beiden Prädia als Subjecte dar, das eine als das berechtigte, das andere als das verpflichtete Subject. Der jedesmalige Eigenthümer des Prädiums gilt nur als Repräsentant desselben, welcher es vertritt.

---

b) daß mit dem Erwerbe des Prädiums zugleich auch die Servitut erworben wird, fragm. 12. comm. praed. Es ist nicht nöthig, daß bei der Uebergabe des Prädiums eine spezielle Erwähnung der Servitut geschieht, indem dieselbe ipso jure auf den neuen Eigenthümer sammt dem praedium übergeht. Fragm. 47. de contr. emdt.

c) daß alle dem herrschenden praedium eingeräumten Rechte sich auch mit auf die Servituten erstrecken müssen. So wird mit dem Prädium auch die Servitut mitverpfändet. Fragm. 16. de servit. So umfaßt die Emphyteusis, Superfizies und ususfructus auch die auf dem herrschenden praedium haftenden Servituten. Wenn der Usufructuar eines Prädinms Vortheile aus der Servitut zieht, so ist dem der Satz: servitus servitutis esse non potest nicht entgegen, denn der Usufructuar übt die Servitut als zeitiger Repräsentant des herrschenden Prädiums aus. Nur dieser Unterschied besteht hier zwischen dem Usufructuar und dem Eigenthümer, daß der Eigenthümer mit der actio confessoria auf die Geltendmachung der Servitut, z. B. der servitus aquaeductus unmittelbar klagt, während der Usufructuar das Recht, die Wassergerechtigkeit auszuüben, aus dem Erwerbe des ususfructus ableitet, also auf die Ausübung desselben nur mittelbar klagt.

d) daß man, ohne überhaupt ein Recht an dem praedium zu haben, keine Prädialservituten erwerben kann.

Dies ist keineswegs eine logisch nothwendige Folgerung aus dem Umstande, daß die Prädialservituten zum Vortheil des Prädiums, also zum Vortheil des jedesmaligen, und nicht zum Vortheil eines einzelnen Eigenthümers bestellt werden. Dies erklärt sich vielmehr daraus, daß die Römer gewohnt waren, alle privatrechtlichen Verhältnisse unter den Gesichtspunkt des Vertrages oder des Delicts, von welchem letztern hier freilich keine Rede sein konnte, zu subsumiren. Denn da sie einmal von diesem Gesichtspunkte ausgingen, so mußten sie das herschende Prädium als das berechtigte, das dienende als das verpflichtete Subject fingiren. In diesem Punkte unterscheidet sich das Römische Recht wesentlich von dem germanischen, welches letztere Realrechte und Reallasten kennt, ohne damit die Idee der Subjectivität der Grundstücke zu verknüpfen.

Zwischen den Personal- und Prädialservituten besteht noch dieser wichtige Unterschied, daß den ersteren kein natürliches Bedürfniß zu Grunde lag[19]), während dies bei den letztern der Fall war, indem ihre Entstehung unverkennbar aus dem Siege der ratio naturalis, welche dieses natürliche Bedürfniß der benachbarten praedia berücksichtigte, über die stricta ac sublilis ratio civilis zu erklären ist, die in der Rechtsanschauung wurzelte, daß Einschränkungen der

---

19) Zur nähern Verständigung, in wiefern eine Prädialservitut dem praedium unentbehrlich sein kann, verweise ich darauf, daß Fälle möglich sind, wo der bestimmte Zweck, zu welchem ein praedium dient, der abgesehen von andern Umständen hauptsächlich von der ländlichen oder städtischen Qualität des Prädiums abhängt, durch die dem Eigenthümer als solchem allein zustehenden Befugnisse nicht vollständig erreicht werden kann, indem der Erreichung desselben in diesem ausgedehnten Umfange häufig Eigenthumsrechte Anderer entgegen stehen. Dies mußte bei den Römern hauptsächlich der Fall sein, indem der Eigenthümer nach dem Römischen Recht seinem Nachbar alle solche Handlungen verbieten konnte, deren Ausübung ohne den Eintritt in den fremden Umkreis unmöglich war, sollte auch daraus auf der einen Seite ein großer Vortheil, und auf der andern kein wirklicher Nachtheil entspringen.

Eigenthumsfreiheit zu Gunsten dritter Personen unzulässig sind. Daraus, daß den Prädialservituten die ratio naturalis zu Grunde lag, erklärt sich, daß sie durch alle möglichen Rechtsgeschäfte, also auch durch Verträge errichtet werden konnten, während die Personalservituten in den ältesten Zeiten höchst wahrscheinlich nur durch letztwillige Verfügungen, welche nach der nationalen römischen Anschauung eine der Lex analoge Rechtskraft hatten, bestellt werden konnten. Also die Sache ist die: Prädialservituten hatten für sich die ratio naturalis, die Personalservituten den Willen des Testators. Später, und zwar schon vor Justinian, änderte sich dies Alles, so daß man durch Verträge auch Personalservituten constituiren konnte.

## Worauf gründet sich die Eintheilung der Prädialservituten in Gebäudeservituten und Felddienstbarkeiten?

Diese Frage wird von den Rechtsgelehrten von drei Gesichtspunkten aus beantwortet. Die Meisten, deren Ansicht ich für die allein richtige halte, gehen davon aus, daß der Name Servitut sich nach dem herrschenden prädium [20]) richtet; ist dieses ein Gebäude (prädium urbanum), so heiße die Servitut eine Gebäudeservitut, ist dieses ein Grundstück (praedium ruslicum) eine Felddienstbarkeit.

Andere behaupten gerade das Gegentheil, indem sie den Namen der Servitut nicht aus der Qualität des herrschenden, sondern aus der Qualität des dienenden Prädiums ableiten.

Noch Andere, z. B. Stever [21]) und Bangerow [22])

---

20) Der Name praedium bezeichnet die Brauchbarkeit, praes werden d. h. als Bürgschaft übergeben werden zu können.

21) De servitutibus praediorum. Rost 1817 u. 1820.

22) Pandekten §. 339. 2.

glauben, daß es auf die Qualität des Prädiums überhaupt nicht ankommt, daß der Inhalt der Servitut allein entscheidet, ob man dieselbe Felddienstbarkeit oder Gebäudeservitut nennen soll. Diejenigen Servituten, meinen sie, welche dem Berechtigten die Befugniß ertheilen, etwas zu thun (servitutes faciendi) heißen Felddienstbarkeiten; diejenigen, welche ihm das Recht ertheilen, etwas zu haben (s. habendi) oder den Eigenthümer zu hindern, daß er etwas thue (s. prohibendi), Gebäudeservituten. —

Die Ansicht derer, welche den Namen der Servitut aus der Eigenschaft des dienenden Prädiums ableiten, widerlegt sich zunächst durch unbefangene Betrachtung der Quellen (Fragm. 16. C. de praed. et alt. reb. men. 198 de V. S. § 1. J. II. 3), dann durch die Analogie der Personalservituten, welche nach dem berechtigten Subjecte benannt werden, endlich dadurch, daß die Natur der Sache selbst darauf führt, das Moment des Berechtigtseins und nicht das Moment des Verpflichtetseins hervorzuheben.

Was die Ansicht Vangerows anbetrifft, so ist sie zunächst sehr unwahrscheinlich. Wie ist es denkbar, daß die Römer, eine so durch und durch praktische Nation, den Namen der Servituten — welcher doch etwas rein Aeußerliches ist und somit aus keiner ratio juris abgeleitet werden kann — nicht aus der äußern Thatsache, ob sie mit einem praedium urbanum oder mit einem praedium rusticum verknüpft sind, abgeleitet hätten, sondern aus einem allgemeinen rein aprioristischen Kriterium. Dies ist um so weniger denkbar, als schon der Umstand sie darauf führen mußte, die Servituten nach dem herrschenden praedium zu benennen, daß dieselben Accessionen dieser praedia sind.

Wenn Vangerow darauf dringt, daß die Klassificirung der Prädialservituten aus einem innern Grunde abzuleiten ist, und wenn er denselben in ihrem Inhalte sucht, so hat er dabei den an sich richtigen Gedanken gehabt, daß es zwischen den Gebäudeservituten und zwischen

den Felddienstbarkeiten einen innern Unterschied giebt. Aber das Irrthümliche seiner Ansicht liegt darin:

a) daß er den innern Unterschied für einen allgemein durchgreifenden hällt, was gar nicht der Fall ist, indem nur die affirmativen Gebäude- und Felddienstbarkeiten sich innerlich von einander unterscheiden [23]);

b) daß er denselben überhaupt falsch auffaßt;

c) daß er von dem Gesichtspunkte ausgeht, als ob die Servituten darum Feld- oder Gebäudeservituten benannt wären, weil sie sich innerlich unterscheiden. Die Sache verhält sich vielmehr so: Der Name der Servituten kommt davon, daß die einen für Gebäude, die andern für Grundstücke bestellt werden. Ihre Verschiedenheit rührt aber daher, daß der Natur der Sache nach das Bedürfniß der ländlichen Grundstücke andere Dienstbarkeiten fordert, wie das Bedürfniß eines praedium urbanum.

So hängt also von der Qualität des herrschenden praedium's zweierlei ab:

a) der Name,

b) der Inhalt der Servituten.

Wenn Vangerow ferner behauptet, daß die positiven Gebäudeservituten in einem habere bestehen, so ist dies allerdings richtig, aber nur mit einer Modification. Denn nur diejenigen Dienstbarkeiten bestehen in einem habere, welche sich in einer erbaueten Anstalt verkörpern [24]), nicht auch diese, welche wie die servitus cloacae, fumi immittendi, stillicidii recipiendi durch einzelne Handlungen, wenn auch mit Hülfe dauernder Anstalten ausgeübt werden, sonst müßte man auch von der servitus aquaeduclus sagen, daß sie in einem habere besteht. Und dann muß man das habere richtig verstehen. Das habere

---

23) Cf. Seite 33.

24) Daher kommt auch die Klagformel: jus mihi esse aedificatum protectum, projectum etc. ita habere. —

ist durchaus nicht verschieden von dem facere[25]), denn die Anstalt ist auf Grund der facultas faciendi erbaut worden. Daß das habere sich von dem facere nicht unterscheidet, ergiebt sich auch daraus, daß man eine servitus projiciendi, protegendi, tigni inmittendi etc. haben kann, ehe das protectum etc. erbaut wurde. Freilich meint Vangerow, daß diese Servituten alsdann servitutes rusticae sind; aber diese Meinung ist rein aus der Luft gegriffen. Wie wäre es denkbar, daß eine servitus rustica, durch das Factum der Beendigung des opus, zu einer servitus urbana werden sollte? Wie ist es denkbar, daß das opus auf Grund einer servitus rustica erbaut und auf Grund einer servitus urbana erhalten werden sollte?

Es ist interessant zu sehen, wie Vangerow seine Behauptung, wonach alle positiven Gebäudeservituten in habendo, alle Felddienstbarkeiten aber in faciendo bestehen sollen, zu begründen sucht. Er verfährt dabei ganz willkürlich, denn um dies zu erweisen, betrachtet er die Gebäudeservituten von einem andern Gesichtspunkte aus, wie die Felddienstbarkeiten, — die letztern nämlich betrachtet er von dem Gesichtspunkte einer dem Berechtigten zukommenden Befugniß, die ersteren von dem Gesichtspunkte eines in Folge dieser Befugniß bereits erbauten opus. Diese Verschiebung und Zugrundelegung der Gesichtspunkte nach Belieben zeigt sich recht deutlich auf der Seite 635,

---

25) Ueberhaupt kann der Inhalt einer Dienstbarkeit, da sie ein jus in re aliena ist, nur in einem facere oder in einem prohibere bestehen. Denn da durch die Servitut die Eigenthumsfreiheit beschränkt wird, so folgt, wie dies Vangerow selbst §. 338. vortrefflich und überzeugend entwickelt hat, daß dasselbe nur in folgender Hinsicht beschränkt werden kann:

a) daß ein Dritter die Befugniß erwirbt, etwas zu thun (servitus faciendi);

b) oder daß er die Vornahme bestimmter Handlungen dem Eigenthümer verbieten kann (servitutes prohibendi).

wo Vangerow das gegen seine Ansicht offenbar sprechende Frag. 2. de S. P. R. wörtlich so interpretirt: „Beachtet man das bei jeder der hier aufgeführten Servituten gewiß nicht ohne Absicht wiederholte licere, so leuchtete von selbst ein, daß die hier angedeuteten Befugnisse sämmtlich in faciendo bestehen, denn es ist hier nur davon die Rede, daß es erlaubt sein solle, höher zu bauen, um dadurch dem Nachbar das Licht zu nehmen, daß es erlaubt sein solle, einen Abzugskanal durch das Gebäude des Nachbars durchführen, ein Vordach in des Nachbars Lichtraum hineinführen zu dürfen. Daß bei den beiden letzten Befugnissen von Neratius gebrauchte Wort habere kann uns nicht irre machen, denn durch die Verbindung mit licere (es solle ihm freistehen) ist klar genug angedeutet, daß die Cloake oder das Vordach noch nicht vorhanden sind, sondern nur errichtet werden dürfen. Von den Fällen also, wenn wirklich höher gebaut ist, oder die Cloake oder das Vordach wirklich in Stand gesetzt sind, redet hier der Jurist nicht, und wenn also in andern Gesetzen in diesen Fällen servitutes praediorum urbanorum angenommen sind, so sind dieselben mit dem Ausspruch des Neratius nicht in Widerstreit.“ Doch noch ein anderes Beispiel. Auf der Seite 634. sagt Vangerow bei Gelegenheit der Interpretation des Fragm. 11. §. 1. de Publ. act. welches er ganz falsch auffaßt, folgendes: die servitus aquaeductus sei zwar in Betreff desjenigen praedium, aus dem wir das Wasser ableiten dürfen, eine servitus faciendi, sie sei aber in Betreff des andern Grundstücks, durch welches nur unsere Vorrichtung, unser rivus durchgeht, offenbar eine servitus habendi, und von diesem letztern Falle rede augenscheinlich das citirte Fragment. In Beziehung auf das dienende praedium sei sie eine servitus rustica, in Beziehung auf das andere eine servitus urbana.

Die Ansicht Vangerow's ist aber auch im Widerspruch mit Quellenzeugnissen, indem einer negativen servitus rustica, also einer servitus prohibendi in dem Fragm. 15. de servit. ausdrücklich Erwähnung gethan wird.

Auch das ist ein wichtiges Argument gegen dieselbe, daß oft die nämlichen concreten Servituten bald servitutes praediorum rusticorum, bald servitutes praediorum urbanorum benannt werden. Zwar sucht Vangerow diesen Umstand durch künstliche Interpretation der betreffenden Stellen, so der beiden schon citirten Fragmente (Fragm. 2. de S. P. R. und Fragm. 11. §. 1. de Publ. act.) mit seiner Ansicht in Einklang zu bringen, aber meiner Ueberzeugung nach ohne allen Erfolg.

Zu allerletzt ist zu sagen, daß Vangerow selbst seiner Ansicht gleichsam die Spitze abbricht, indem er auf der Seite 634. zugiebt, daß man wohl deshalb die servitutes faciendi s. rusticae, die servitutes habendi s. urbanae benannt habe, weil die erstern in der Zeit, wo die Namen entstanden sind, wohl nur bei Gebäuden, die zweiten wohl nur bei ländlichen Grundstücken vorgekommen sein mochten.

## Innerer Unterschied der Felddienstbarkeiten von den Gebäudeservituten.

Der innere Unterschied dieser beiden Arten der Prädialservituten kann erst hier zur Sprache kommen und nicht bei der Benennung derselben, wo ihn Vangerow sucht. Uebrigens ist der Unterschied nicht sowohl zwischen den Gebäudeservituten und Felddienstbarkeiten überhaupt vorhanden, sondern nur zwischen den affirmativen Gebäudeservituten und affirmativen Felddienstbarkeiten, indem die einzige negative Felddienstbarkeit sich von den negativen Gebäudeservituten nur darin unterscheidet, daß die letzteren für Gebäude, die erstere für ländliche Grundstücke bestellt wird.

Im Eigenthum sind, wenn wir dasselbe näher analysiren, folgende Rechte enthalten:

a) das Recht, alle materiell in demselben liegenden Befugnisse auszuüben;

b) das Recht, von jedem Dritten zu fordern, daß er sich der Ausübung dieser Befugnisse enthalte;

c) das Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er beim Gebrauch seiner Sache in den Umkreis unsers Eigenthums eindringt [26]). Und zwar sind nach dem Römischen Rechte nicht allein solche Handlungen verboten, wodurch die Oberfläche einer fremden Sache berührt werden möchte, sondern auch solche, wodurch ein Eindringen in den Luftraum derselben geschehen wäre, indem die Römer dabei von dem Gesichtspunkte ausgehen, daß der Eigenthümer des solum ein volles unbeschränktes Recht hat:

α) an dem solum und Allem, was mit ihm ein Ganzes bildet, also an den Gebäuden, Pflanzen u. s. w.;

β) an Allem, was unter der Oberfläche des solum, soweit man gelangen kann, sich befindet, also an Fossilien, Quellen u. s. w.;

γ) an dem Lichtraum, Luftkreis über der Oberfläche senkrecht hinauf.

Das Gemeinsame aller affirmativen Felddienstbarkeiten [27]) beruht darauf, daß sie das fremde Eigenthum nach

---

26) Es scheint auf den ersten Blick, als ob im Eigenthum noch ein viertes Recht enthalten wäre, nämlich das Recht, jede Hinderung von Seiten eines dritten an der Ausübung der materiellen Befugnisse des Eigenthums zurückzuweisen. Aber nach einer nähern Prüfung überzeugt man sich, daß das Recht kein besonderes Eigenthumsrecht ist, was sich schon daraus ergiebt, daß dasselbe auch dem possessor und allen jura in re aliena Habenden zukommt.

27) Unterholzner meint (Verjährungslehre Bd. II. S. 115-129) daß darin vornehmlich der Unterschied zwischen den Felddienstbarkeiten und Gebäudeservituten bestehe, daß die letzteren der Regel nach unun-

der Seite des unter b. genannten Rechts beschränken, d. h. daß der Servitutinhaber durch deren Erwerb die Befugniß erhält, bestimmte materielle Eigenthumsrechte an der fremden Sache auszuüben.

Das Gemeinsame aller affirmativen Gebäudeservituten, mit Ausnahme der servitus altius tollendi, luminibus officiendi und stillicidii avertendi, besteht darin, daß sie das Eigenthum nach der Seite des unter c. erwähnten Rechts beschränken, mit andern Worten, daß der Servitutinhaber durch dieselben die Befugniß erwirbt, auch solche Handlungen an seiner Sache vorzunehmen, wodurch er in den Umkreis einer fremden Sache einen Eingriff thut. Das Gemeinsame aller negativen Prädialservituten, mögen dieselben Gebäudeservituten oder Felddienstbarkeiten sein, besteht darin, daß sie das Eigenthum nach der Seite des unter a. genannten Rechts beschränken, mit andern Worten, darin, daß deren Erwerb dem Servitutberechtigten die Befugniß giebt, von dem Eigenthümer die Unterlassung bestimmter Handlungen zu fordern.

Ich habe gesagt, daß die servitus altius tollendi, stillicidii avertendi und luminibus officiendi die Freiheit des Eigenthums in einer andern Art beschränken, wie die übrigen affirmativen Gebäudeservituten, daß sie also in dieser Hinsicht eine Ausnahme von der gemeinsamen Regel bilden. Es bleibt übrig, diese Ausnahme näher zu bestimmen. Das Eigenthümliche derselben, was sie von allen andern Servituten unterscheidet, liegt darin, daß durch sie nicht die ursprüngliche natürliche Freiheit des Eigenthums, sondern nur die durch entgegengesetzte Servitut erweiterten

---

terbrochen und ausschließend, die letzteren dagegen unterbrochen besessen werden. Diese Auffassung habe ich mich auf der a. a. O. zu widerlegen bestrebt. Savigny sieht den Unterschied darin, daß die Gebäudeservituten ein Gegensatz von den Felddienstbarkeiten „Qualitäten des Besitzes der Hauptsache" seien. Diese Auffassung habe ich weiter unten kritisch beleuchtet.

Befugnisse des Eigenthums beschränkt werden. Die servitus altius tollendi modificirt die durch die servitus altius non tollendi erworbene Erweiterung der Eigenthumsbefugnisse, sowie die serv. luminibus officiendi den durch die serv. ne luminibus officiatur und die serv. stillicidii avertendi den durch die serv. stillicidii non avertendi entstandenen Zuwachs des Eigenthums beschränken. Die Sache verhält sich nämlich näher so: Wenn Jemand seinen Nachbar von der servitus altius non tollendi, ne luminibus officiatur und stillicidii non avertendi theilweise befreien will, so kann er dies, da ein theilweises Aufgeben der Servitut wegen der Untheilbarkeit derselben unmöglich ist, nur auf folgende Weise thun, daß er

a) entweder die frühere Servitut ganz aufgiebt, und sich eine neue, welche das fremde Eigenthum weniger beschränkt bestellen läßt, oder
b) daß er sein eigenes praedium mit einer entgegengesetzten Servitut belastet,

also mit einer servitus altius tollendi, luminibus officiendi und stillicidii avertendi, wodurch er sich verpflichtet, seinen Nachbar an dem Höherbauen bis zu einer bestimmten Höhe hinauf u. s. w. nicht zu hidern[28]). Der zweite Fall war in den älteren Zeiten der gewöhnlichere, und zwar darum, weil in demselben nur eine einzige in jure cessio oder mancipatio erforderlich war, während man in dem ersteren Falle die Servitut zweimal in jure cediren oder manupiren mußte. Die erste in jure cessio oder mancipatio geschah von dem Servitutberechtigten an den

---

28) Eine Hinweisung darauf scheint das Fragm. 5. §. 9. de O. N. N. „— O. N. N. caussam triplicem esse, aut naturalem, aut publicam, aut impositiciam — impositiciam quum quis posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est posteaquam *servitutem aedibus suis imposuit* (nämlich jus suum deminuendo et alterius jus augendo) *contra servitutem fecit*“ zu enthalten.

Eigenthümer, die zweite von dem Eigenthümer an den Servitutberechtigten.

In dem zweiten Falle stehen sich zwei Servituten gegenüber: die servitus altius non tollendi, wodurch A seinen Nachbar B an dem Höherbauen überhaupt hindern kann, und die servitus altius tollendi, wodurch B von dem A fordern kann, daß er ihm sein Gebäude bis zu einer bestimmten Höhe hinauf höher zu bauen gestatte. Die servitus altius non tollendi, welche mit einer actio negatoria geschützt wird, lastet auf dem praedium des B, die servitus altius tollendi, welche die actio confessoria schützt, auf dem praedium des A. Es wäre also ganz falsch, wenn man glauben möchte, daß durch die servitus altius tollendi unmittelbar das Recht höher zu bauen erworben wird; denn durch die genannte Servitut erwirbt man unmittelbar nur die Befugniß, dem Nachbar jede Hinderung am Höherbauen, sofern dies über ein bestimmtes Höhenmaß nicht hinauskommt, zu verbieten. Das Recht des Höherbauens ist nur eine weitere mittelbare Folge davon, und es unterscheidet sich eben darin von dem Eigenthumsrechte des Höherbauens. — In dem genannten Falle darf nicht B als Eigenthümer höher bauen, indem auf seinem praedium eine servitus altius non tollendi lastet, aber er kann es als Servitutberechtigter thun, indem er eine auf dem praedium des A lastende servitus altius tollendi erworben hat.

Die hier vorgetragene Ansicht stimmt im Ganzen mit der Ansicht Puchta's überein. Dieser Rechtsgelehrte sagt darüber in seinen Institutionen §. 253. Folgendes: „Das einfache Recht, höher zu bauen, kann keine Servitut sein, denn es ist ohne alle Servitut im Eigenthum enthalten. Eben darum kann auch die reine Befreiung von einer servitus altius non tollendi nur als Herstellung der libertas rei, nicht als eine neue entgegengesetzte Servitut angesehen werden. Dagegen läßt sich die Sache so den-

ken, daß die bisher bestehende Servitut altius non tollendi, luminibus non officiendi, stillicidii avertendi im Ganzen bestehen bleibt, aber modificirt und beschränkt werden soll, dies kann wegen Untheilbarkeit der Servitut nicht durch das Aufgeben eines Theils derselben, wohl aber durch Constituirung einer entgegengesetzten Servitut, wodurch jene beschränkt wird, geschehen. In diesem Falle ist das jus altius tollendi eine Servitut und die Klage daraus die confessoria.“ Freilich sagt Puchta nicht, auf wessen praedium diese neue Servitut bestellt wird, wie er überhaupt die Sache mehr andeutet, als vollständig entwickelt.

Vangerow geht §. 342. Anm. 3. davonaus, daß durch die Bestellung der Gebäudeservituten ein intellectueller Theil des dienenden Eigenthums dem Rechte nach abgelöst und mit dem herrschenden Eigenthum verbunden werde, und er argumentirt so: da die Bestellung einer Gebäudeservitut die deminutio dominii involvire, so werde durch deren Aufhebung im Grunde genommen ein intellectuelles Stück fremden Eigenthums erworben und so sei die Annahme ganz consequent, daß die Aufhebung derselben als Constituirung einer entgegengesetzten Servitut betrachtet werden müsse. Wenn man auch zugiebt, daß durch die Bestellung einer Gebäudeservitut das dienende Eigenthum deminuirt wird, — was freilich keineswegs der Fall ist — so gewinnt doch dadurch die Ansicht Vangerow's an Wahrscheinlichkeit gar nichts. Denn es ist hierbei ganz gleichgültig, ob man von der Annahme der deminutio dominii ausgeht oder nicht. Im ersten wie im letzten Falle kann die Aufhebung der Servitut als Constituirung einer neuen ihr gegensätzlich entsprechenden Dienstbarkeit nicht betrachtet werden. Aus der Annahme der deminutio dominii würde nur das folgen, daß die den Eigenthum entfremdete Befugniß zu dem Eigenthum ipso jure nicht zurückkehren könne, sondern von dem Eigenthümer neu er-

worben werden muß, nicht aber daß sie als Servitut, noch weniger als entgegengesetzte Servitut erworben werden muß.

Manche verstehen unter der servitus altius tollendi eine solche Servitut, vermöge deren man höher bauen dürfe, als es gesetzliche Vorschriften gestatten. Diese Meinung ist ohne allen Haltpunkt. Wie ist es denkbar, daß gesetzliche Verordnungen durch den Willen des ersten besten Privatmanns aufgehoben werden könnten?

Unterholzner hält in seiner Verjährungslehre II. S. 127. a. E. und 128. a. A. die genannten 3 Servituten für sehr anomalisch. Sie seien, sagt er, als bloße Beschränkungen von Dienstbarkeiten im eigentlichen Sinne gar keine Dienstbarkeitsrechte, indem sie dem Berechtigten nicht das Benutzungsrecht einer fremden Sache, sondern blos Verfügung über die eigene Sache mit Aufhebung der entgegenstehenden Beschränkung einräumen. Ihre anomalische Natur trete auch darin hervor, daß sie von der Regel: servitus servitutis non datur, abweichen. — Diese Ansicht bedarf keiner Widerlegung.

Einige stellen die wunderliche Behauptung auf, daß durch die servitus altius tollendi ein Recht, das fremde Gebäude höher zu bauen, erworben wird.

Andere sind der Ansicht, daß die servitus altius tollendi ganz identisch mit der servitus altius non tollendi sei.

Fritz kennt keinen andern Ausweg, um aus der Schwierigkeit herauszukommen, als den, daß er der genannten servitus den Charakter einer wirklichen Servitut abspricht.

Alle diese Ansichten insgesammt werden durch die ausdrücklichen Quellenzeugnisse widerlegt.

Manche geben alle Hoffnung auf, die Natur der 3 geheimnißvollen Dienstbarkeiten zu ergründen, beruhigen sich aber durch die Annahme, daß deren Entstehung auf Voraussetzungen über Bauverhältnisse beruhe, über welche keine Nachrichten auf uns gekommen sind. — Diese An-

sicht trägt Sell in Bonn in seinen Pandectenvorlesungen vor.

Scheuerl endlich (Zeitschrift für G. Rev. Bd. 12. S. 255) sagt darüber Folgendes: das Recht, höher zu bauen u. s. w. sei zwar an sich keine Servitut, sondern nur ein Ausfluß des Eigenthumrechts; aber dadurch werde dasselbe den Servituten analog, daß dasselbe sich als eine Last für das benachbarte Gebäude darstellt. Indessen sei daran nicht zu denken, daß dasselbe mit einer actio confessoria als ein Dienstbarkeitsrecht geltend gemacht werden sollte, vielmehr werde dasselbe als ein Eigenthumsrecht mit der actio negatoria geschützt, wie alle andern Eigenthumsrechte. Allein es könne den beiderseitigen Hauseigenthümern als erwünscht erscheinen, dieses Verhältniß zwischen ihren Häusern, wonach das eine dem andern kraft der Unbeschränktheit des Eigenthums gewissermaßen dient, vertragsmäßig zu ordnen. Und dies geschehe dadurch, daß der Eine die betreffende Befugniß des Andern in Form einer Servitutenbefugniß anerkennt, wobei der modus der Ausübung festgesetzt werden kann. Dadurch werde das jus altius tollendi etc., welches freilich als ununterschiedener Bestandtheil im Eigenthum lag, zu einer Servitut. —.

Auch diese Meinung befriedigt nicht. Man begreift nicht, wie eine Eigenthumsbefugniß dadurch, daß sie durch den Vertrag geordnet wird, zu einer Servitutenbefugniß werden sollte. Ueberhaupt kann das jus altius tollendi nur dann zu einem Servitutenrechte werden, nachdem es aufgehört hat, ein Eigenthumsrecht zu sein, d. h. nur in dem Fall, wenn der Eigenthümer das Recht des Höherbauens durch die Constituirung einer servitus altius non tollendi verloren hat.

**Woher kommt es, daß ungeachtet eines wesentlichen Unterschieds zwischen den Gebäude- und Felddienstbarkeiten wenigstens den affirmativen in Betreff der Art und Weise, wie sie das Eigenthum beschränken, dennoch eine servitus urbana als rustica und umgekehrt bestellt werden kann?**

Der Grund ist ganz einfach; er liegt darin, daß eine servitus urbana, wenn sie als servitus rustica bestellt wird, und umgekehrt, ihren Inhalt nicht ändert, wie dies bald (S. 43.) näher gezeigt wird. Der Grund aber, warum dies der Fall ist, liegt darin, daß diejenigen Dienstbarkeiten, welche man gewöhnlich zu der Klasse der Gebäudeservituten rechnet, nur für Gebäude, so wie diejenigen, welche zu der Klasse der Felddienstbarkeiten gezählt werden, nur für ländliche Grundstücke constituirt werden, und zwar auch dann, wenn die ersteren Felddienstbarkeiten, die letztern Gebäudeservituten heißen. Die Sache ist nämlich die, daß die Dienstbarkeiten alsdann, wenn dasjenige Prädium, für welches sie unmittelbar constituirt werden zu einem andern Prädium, das als Hauptsache gilt, im Verhältniß der Pertinenz stehet, nach der Qualität der Hauptsache, und nicht nach der Qualität der Pertinenz benannt werden, wie wohl sie unmittelbar für die letztere constituirt wurden. Was die Wassergerechtigkeiten und die servitus itineris anbetrifft, so können diese, ohne daß ihr Inhalt geändert wird, auch für ein Gebäude unmittelbar bestellt werden. Denn den Bedarf des Wassers kann sowohl ein ländliches Grundstück, als auch ein Gebäude haben. Ebenso kann Einer des iler bedürfen, um entweder zu einem ländlichen Grundstücke, oder zu einem Gebäude zu gelangen.

Was die Wassergerechtigkeiten, mit Ausnahme der ser-

vitus pecoris ad aquam appulsus, also die servitus aquae ductus und aquaehaustus speciell noch anbelangt, so können dieselben wohl auch zum persönlichem Vortheil einer Person constituirt werden. In diesem Falle unterscheiden sie sich von einer servitus usus dem Inhalte nach nicht, und in der That kommt auch der Name usus aquae vor.

## Ueber den Sinn der Eintheilung in reguläre und irreguläre Servituten.

Reguläre Personalservituten heißen solche Dienstbarkeiten, welche nur als Personalservituten constituirt werden können, also usus, ususfructus, habitatio und operae servorum; irreguläre Personalservituten heißen diejenigen, welche man sonst gewöhnlich als servitutes rusticae oder urbanae bestellt. Ebenso werden diejenigen Servituten reguläre Felddienstbarkeiten genannt, welche gewöhnlich als solche errichtet werden, wogegen man diejenigen als irreguläre bezeichnet, welche man sonst gewöhnlich als servitutes urbanae bestellt. Und in ähnlicher Weise heißen reguläre Häuserservituten diejenigen Dienstbarkeiten, welche in der Regel als urbanae servitutes errichtet werden, während man alle diejenigen irreguläre Häuserservituten benennt, die gewöhnlich als servitutes rusticae constituirt werden. Diese Eintheilung in reguläre und irreguläre Dienstbarkeiten halte ich nicht allein theoretisch für berechtigt, indem sich die regulären Dienstbarkeiten wesentlich von den irregulären unterscheiden, sondern auch practisch für sehr wichtig, indem eine Gebäudeservitut, wenn sie für eine Person oder ein praedium rusticum bestellt wird, und umgekehrt, denselben Regeln in Betreff der Verjährung und der Concurrenz unterworfen ist, denen sie unterworfen wäre, wenn man sie als reguläre Gebäudeservitut und umgekehrt constituirt hätte. Eine irreguläre Personalservitut hat nur das mit einer regulären Personalservitut gemein, daß beide

für Personen bestellt werden, was aber den Inhalt anbetrifft, so sind beide Arten von einander verschieden, indem eine bestimmte konkrete servitus rustica oder urbana ihren Inhalt dadurch, daß sie in personam constituirt wird, nicht ändert. Dasselbe läßt sich auch von den irregulären Felddienstbarkeiten und Gebäudeservituten sagen.

Daß dies Alles sich so verhält, ergiebt sich aus der Beobachtung einzelner Dienstbarkeiten. Man nehme nur eine bestimmte Servitut, z. B. eine Wegegerechtigkeit, eine Wassergerechtigkeit, oder eine servitus projiciendi, protegendi u. s. w. und man wird sich überzeugen, daß die genannten Dienstbarkeiten dadurch, daß sie für ein anderes Subject bestellt werden, als für welches man sie gewöhnlich zu constituiren pflegt, ihren Inhalt nicht ändern. So wird durch die Constituirung einer Wegegerechtigkeit das Recht erworben, zu gehen, zu fahren u. s. w., einerlei, ob sie für dieses oder ein anderes Subject bestellt werden. Ebenso erwirbt man durch die Bestellung einer Wassergerechtigkeit, oder der servilus protegendi u. s. w. die Befugniß, Wasser zu schöpfen, Wasser zu leiten, ein protectum, projectum u. s. w. zu bauen, einerlei ob diese Servituten für eine Person, für ein praedium urbanum oder rusticum bestellt wurden. —

Es ist angedeutet worden, daß dieselben Regeln über die Verjährung und Concurrenz bei einer Gebäudeservitut in Anwendung kommen, wenn sie für eine Person oder ein praedium rusticum bestellt wird, denen sie unterworfen ist, wenn sie für ein Gebäude constituirt wird. Es wurde ferner gesagt, daß dasselbe auch in Betreff der Felddienstbarkeiten gilt. Nun soll dies näher begründet werden. Da der Grund, warum bei den Gebäudeservituten andere Regeln in Betreff der Verjährung und Concurrenz zur Anwendung kommen, wie bei den Felddienstbarkeiten, in der innern Verschiedenheit dieser beiden Arten von Dienstbarkeiten dem Inhalte nach beruht, da ferner eine be-

stimmte konkrete Servitut dadurch ihren Inhalt nicht ändert, daß man sie als eine irreguläre bestellt, so leuchtet die Richtigkeit meiner Behauptung von selbst ein.

Was die Ansichten der Rechtsgelehrten anbetrifft, so herrscht hierüber eine große Verschiedenheit. Löhr, Magazin B. 3, und auf dessen Autorität die meisten Juristen meinen, daß die Eintheilung in reguläre und irreguläre Servituten ganz unnütz sei. Dies begründet Löhr folgendermaaßen: „Wird, sagt er, eine dingliche Servitut als persönlich constituirt, so ist nicht jene, sondern immer ein usus oder ususfructus vorhanden; wird eine servitus rustica als urbana bestellt, so kann man diese zwar in einem gewissen Sinne urbana nennen, sie behält aber immer alle Eigenthümlichkeiten der servitutes praediorum rusticorum und umgekehrt.“ Ich glaube, daß sich die Sache so verhält: behält die irreguläre servitus urbana alle Eigenthümlichkeiten der regulären Felddienstbarkeiten, so folgt daraus, daß die Eintheilung in reguläre und irreguläre Prädialservituten von der allergrößten Wichtigkeit ist, indem sich die irregulären servitutes rusticae und urbanae wesentlich von den regulären unterscheiden. So ist also die Löhrsche Deduction mit einem Widerspruch behaftet. Was die Behauptung anbetrifft, wonach die Prädialservituten dadurch, daß sie zum Vortheil einer Person constituirt werden, zum usus werden sollen, so ist diese nur theilweise richtig, nämlich nur in Betreff derjenigen Wassergerechtigkeiten, bei denen, so fern sie die Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse bezwecken, das Requisit der Vicinität zur Anwendung nicht kommt. Cf. S. 63. Im Uebrigen ist sie ganz unrichtig, wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß die irregulären Personalservituten ein dem usus analoges Element haben, was aber als Eigenthümlichkeit derselben nicht betrachtet werden kann, indem der usus den Urtypus aller Dienstbarkeiten überhaupt, mit Ausnahme

des ususfructus bildet.[29]) Was die Behauptung anbetrifft, daß die irregulären Personalservituten sich unter Umständen auch in den ususfructus auflösen lassen, so ist diese ganz ungegründet, indem der nsusfructus von den übrigen Dienstbarkeiten sich wesentlich unterscheidet. Uebrigens wird dieselbe durch das Fragm. 6. de S. P. R. widerlegt.

Mühlenbruch nimmt die Eintheilung in reguläre und irreguläre Personalservituten in Schutz, aber er scheint die Eintheilung in reguläre und irreguläre Prädialservituten zu verwerfen, wenigstens fordert das die logische Consequenz, da er ausdrücklich sagt, daß es eine Regelwidrigkeit wäre, „wenn das für die Aufhebung der Feldienstbarkeiten durch die befreiende Verjährung eigenthümliche Recht auch in den Fällen angewandt wäre, wo ein Servitutenrecht, welches ursprünglich nur als servitus praedii rusticii vorkam, mit einem Gebäude verbunden war." —

## Ueber den Sinn der Eintheilung in servitutes, quae in solo und in servitutes, quae in superficie consistunt.

Ueber den Sinn dieser Eintheilung, die auch von gar keiner practischer Wichtigkeit ist, läßt sich wenig Sicheres sagen. Ich stelle die Hypothese auf, daß der Name „servitutes in superficie consistentes" zwei Arten von Dienstbarkeiten umfaßte:

a) diejenigen Dienstbarkeiten, welche sich in einem opus extructum, das als ein integrirender Theil des praedium urbanum sich äußerlich darstellt, verkörpern.

---

29) Mühlenbruch sucht die Löhr'sche Ansicht außerdem durch Quellenzeugnisse zu widerlegen, nämlich durch das Fragm. 4. de S. P. R. 5. cod. 37. cod. und 14. §. 3. de alim. vel cib. legat. Dies ist indessen unrichtig, man müßte denn in diese Fragm. etwas hineininterpretiren, was in ihnen gar nicht enthalten ist.

b) diejenigen Dienstbarkeiten, welche durch einzelne Handlungen, aber mit Hülfe der auf dem herrschenden praedium selbst befindlichen Anstalten ausgeübt werden.

## Grundsätze, welche allen Dienstbarkeiten gemeinschaftlich sind.

### A. Servitus in faciendo consistere nequit.

Fragm. 15. §. 1. de servit.

Dieser Satz kommt auch bei den übrigen dinglichen Rechten zur Anwendung. Der Grund, warum weder die Servituten, noch die andern dinglichen Rechtsinstitute in faciendo von Seiten des dominus rei servientis bestehen dürfen, liegt darin, daß die jura in re theilweise Beschränkungen der Freiheit des Eigenthumes, nicht aber theilweise Beschränkungen der Freiheit des Eigenthümers sind.

Die Rechte des Eigenthums lassen sich nach zwei Richtungen hin classificiren, denn sie bestehen entweder darin, daß der Eigenthümer etwas an seiner Sache vornehmen kann (dies ist die positive Seite des Eigenthums), oder darin, daß der Eigenthümer jeden Dritten hindern kann, irgend etwas an seiner Sache vorzunehmen (dies ist die negative Seite des Eigenthums).

Sowie die Rechte des Eigenthums entweder in faciendo oder in prohibendo bestehen, so müssen auch die Beschränkungen des Eigenthums entweder nach der einen, oder nach der andern Richtung hin geschehen, und zwar entweder so, daß der Eigenthümer sich irgend welcher Handlungen enthalten muß (servitutes, quae in non faciendo von Seiten des Eigenthümers bestehen, negative Servituten), oder so, daß er den Dritten nicht hindern darf, irgend etwas an seiner Sache vorzunehmen (Servituten) die in faciendo von Seiten des Servitutberechtigten bestehen, positive, affirmative Servituten). Die nega-

tiven Servituten beschränken die positive, die positiven die negative Seite des Eigenthums. [30])

Dieser einfache Satz, wonach der Eigenthümer durch die Servitut zur Vornahme einer Handlung nicht verpflichtet werden kann, schien manchen Rechtsgelehrten sehr subtil zu sein; so z. B. dem Schrader, welcher, um ihn zu erklären, viele andere Sätze des römischen Rechts herbeizieht, so die patria potestas, die dominica potestas, die potestas, welche der Manumissor über seine Manumissi hat, und endlich das republicanische Freiheitsgefühl der Römer. Alle diese Rücksichten zusammen, meint Schrader, haben auf die Entstehung des genannten Grundsatzes eingewirkt. Auf die Kritik dieser Ansicht braucht wohl nicht näher eingegangen zu werden.

Nicht viel besser ist die Meinung Thibauts. Er meint, der Satz „servitus in faciendo consistere nequit" sei weiter nichts, als eine Folge des Grundsatzes, wonach Niemand einen Dritten zu irgend einer Leistung verpflichten könne. Dagegen läßt sich folgendes einwenden:

a) daß der von Thibaut angeführte Grundsatz in's Gebiet des Obligationsrechts gehört. — Nur im Obligationsrechte, wo eine Person, der creditor, einer andern Person, dem debitor, gegenübersteht, kann von Verpflichtungen die Rede sein, nicht aber im Gebiete der dinglichen Rechte. Denn da hier eine

---

30) Ich will nicht unerwähnt lassen, daß manche Juristen der Meinung sind, daß es noch eine dritte Art der Eigenthumsrechte gebe. Dahin gehöre das Recht, sein Eigenthumsrecht nicht zu gebrauchen. Diese Meinung indeß ist unrichtig, denn das Recht, das Eigenthum nicht gebrauchen zu können, ist nicht sowohl ein Eigenthumsrecht, als vielmehr ein Recht der freien Persönlichkeit überhaupt, indem es auf den Grundsatz basirt ist, daß es Niemandem erlaubt ist, einen Andern zum Gebrauche seines Rechts zu zwingen. Darum kommt das Recht nicht allein dem Eigenthümer zu, sondern auch allen andern freien und unabhängigen Personen, so dem Servitutberechtigten, dem Emphyteuta, dem Superficiar, dem Pfandgläubiger, dem obligatorischen Gläubiger u. s. w,

Person in ein bestimmtes Rechtsverhältniß zur Sache tritt, so kann hier nicht sowohl von Verpflichtungen, als vielmehr von Rechten, welche die Person an der Sache ausüben kann, geredet werden. [31])

b) ferner ist zu bemerken, daß sich etwas ganz Anders aus dem von Thibaut angeführten Grundsatze ergeben würde — vorausgesetzt, daß er passend wäre — wie Thibaut aus demselben ableiten will. Es würde sich nämlich nicht dies ergeben, daß die Servituten in faciendo nicht bestehen können, sondern dieses, daß die Entstehung der Servituten aus dem Vertrage überhaupt unmöglich ist. Denn man kann einen Singularsuccessor überhaupt nicht verpflichten, also auch nicht ad patiendum oder ad non faciendum;

c) endlich ist zu erwähnen, daß der Grundsatz von welchem Thibaut ausgeht nur auf diejenigen Dienstbarkeiten, welche aus dem Vertrage entstehen, passen würde.

Zachariä geht von dem Gesichtspunkte aus, daß sowie das praedium dominans als ein berechtigtes Subject zu denken ist, als ein creditor, so das dienende als das verpflichtete Subject, als ein debitor gedacht werden müsse, und erklärt den genannten Satz daraus, daß es factisch unmöglich ist, daß ein praedium dem Andern gegenüber sich zu irgend einer Leistung verpflichten sollte. Dagegen ist zunächst das einzuwenden, daß die Qualität der Subjectivität auf die praedia nur in einem uneigentlichen Sinne übertragen wurde und daß die Römer weit davon entfernt waren zu glauben, daß die Servituten sich nur darin von den Obligationen unterscheiden, daß hier Personen die Rolle des creditor und debitor, dort aber die Sachen, die praedia übernehmen. Uebrigens

---

31) Diesem sind die Worte „res servitutem debet“ nicht entgegen, denn dieselben sprechen von Verpflichtungen der praedia in einem analogischen Sinne.

kann sich ein praedium, als eine leblose Sache, ebenso= wenig ad non faciendum oder patiendum verpflichten, wie wenig es sich ad faciendum verpflichten kann. — So würde also auch aus dem Grunde Zachariä's etwas ganz anderes folgen, als er daraus folgert. Wäre näm= lich die Art und Weise, wie er den Satz „servitus in faciendo consistere nequit" begründet eine richtige, so würden die Prädialservituten — denn nur auf diese be= zieht sich das von Zachariä Angeführte — überhaupt nicht entstehen können.

Goldschmidt, Hufeland und Abegg leugnen die Allgemeinheit der Regel: servitus in faciendo consistere nequit, und suchen zu beweisen, daß es wohl Fälle geben kann, in denen eine Servitut in faciendo besteht; aber frei= lich scheitert ihr Streben an der Unmöglichkeit.

## B. Nemini res sua servire potest.

### Fragm. 26. de S. P. U.

Der Grund liegt darin, daß man zweimal ein Recht nicht haben kann. Habe ich ein bestimmtes Recht als Eigenthümer, so brauche ich es nicht als Servitutberech= tigter zu haben. Dann liegt der Grund darin, daß ein dingliches Recht — und die Servitut ist ein solches — nur in re aliena erworben werden kann.

## C. Servitus servitutis esse non potest.

### Fragm. 1. de usu et usufr. leg.

Dieser Grundsatz hat folgenden allgemeinen Sinn: Servituten, die schon in der Sphäre einer vorhandenen Servitut liegen, können nicht Objecte einer neuen Servi= tut werden, und er läßt sich in folgende Sätze zerlegen:

a) der Servitutberechtigte darf keine Servitut bestellen;
b) der Eigenthümer darf keine neue Servitut bestellen, falls durch dieselbe eine schon früher errichtete und

noch bestehende Servitut deteriorirt werden möchte, und zwar nicht allein dann nicht, wenn der Servitutberechtigte seine Einwilligung versagt, sondern auch dann nicht, wenn derselbe seine Zustimmung giebt. In dieser letztern Hinsicht würde also die Regel: servitus servitutis esse non potest, denselben Sinn haben, welcher in dem Fragm. 15 u. 16 de usufr. ausgesprochen ist.

Der Grund warum der Servitutberechtigte keine Servitut bestellen darf, liegt darin, daß dieselbe von ihm möglicherweise nur auf dreifache Art bestellt werden könnte, nämlich:

a) an der fremden Sache, was unmöglich ist, da die Servitut nur an eigner Sache bestellt werden kann;
b) an der Servitut, was unzulässig ist, indem die Servitut als Beschränkung der Eigenthumsfreiheit nur an einer res corporalis, die fähig ist, im Eigenthum zu sein, bestellt werden darf;
c) durch eine theilweise Uebertragung quoad jus einer früher errichteten Servitut, was theils wegen der Untheilbarkeit, theils wegen der Unveräußerlichkeit der Servituten nicht geschehen kann.

Der Grund, warum der Eigenthümer eine neue, mit früher errichteter Servitut concurrirende Dienstbarkeit ohne Einwilligung des Berechtigten nicht bestellen darf, liegt vornehmlich darin, daß Niemand befugt ist, wohlerworbne Rechte Anderer zu verletzen. Der Grund aber, weshalb die Bestellung einer neuen Servitut unter den genannten Umständen sogar mit Einwilligung des Berechtigten unzulässig ist, besteht darin, daß eine solche Einwilligung im Grunde genommen nichts weiter als ein Verzicht auf eine pars servitutis wäre, also ein Verzicht, der wegen der Untheilbarkeit der Servituten unzulässig ist.

Schrader behauptet, daß dieser Satz später antiquirt wurde, und beruft sich auf das Fragm. 1. §. 16. de

aqua quotid. Aber davon findet sich in dem Fragm. keine Spur. Hier ist der Ort, das Fragm. 15. de usufr., welches bekanntlich den Interpreten sehr große Mühe verursacht hat, zu interpretiren. Das genannte Fragment lautet so:

„proprietatis dominus, ne quidem consentiente usufructuario servitutem imponere potest.“

Ich finde in dem Ausspruch dieses Fragments eine rein positive Satzung des römischen Rechts. Denn der Natur der Sache nach steht dem Verzicht von Seiten des Berechtigten auf einen Theil des ususfructus, d. h. entweder auf den usus oder auf den fructus, nichts entgegen, da der ususfructus

a) theilbar ist, und

b) da ebenso wie der usus sine fructu, auch der fructus sine usu bestellt werden kann, vorausgesetzt, daß die Trennung des letztern von dem fructus als eine temporäre Suspension des vollen ususfructus sich darstellt

Zachariä (Zeitschr. für Gesch. Rw. B. 14. S. 133) findet in diesem Fragment eine Anwendung der in Betreff der Remission der Servituten in dem jus civile geltenden Regeln, wonach bekanntlich nur eine, in solenne Formen eingekleidete Remission gültig war, und er interprätirt das Fragm. so: Der Eigenthümer kann nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars einen usus oder fructus bestellen, wenn dieser seine Einwilligung formlos giebt. Daß man bei dieser Erklärung, die Zachariä in der Zeitschr. für. G. Rw. Bd. 14. S. 133. giebt, genöthigt wird, den Compilatoren den Vorwurf zu machen, daß sie ein bereits antiquirtes Fragment in's Corpus juris aufnahmen, braucht nicht erst gesagt zu werden. Gegen die Meinung Zachariä's spricht der Umstand, daß sich nirgends eine Spur davon findet, daß der ususfructus der Regel „servitus servitutis esse non potest“ nicht vollständig unterworfen

sei, was doch — falls ein solenner Verzicht auf einen Theil des neuen usufructus möglich wäre — sogar in dem ältern Rechte der Fall sein möchte.

Rossh irt meint in dem Archiv für Civ. Pr. Bd. 8. S. 29.: Der Eigenthümer könne darum zusammen mit dem Usufructuar keine Servitut bestellen, weil das Verhältniß Beider so dem Miteigenthum entgegengesetzt sei, daß ein consensus nicht denkbar ist. Ich gestehe, daß es mir unklar geworden ist, was Rossh irt damit sagen wollte.

Vangerow geht von dem Gesichtspunkt aus, welcher sich nach dem Zeugnisse Zachariäs eod. schon bei einem alten griechischen Juristen finden soll[32]), daß der Usufructuar darum auf die Bestellung einer servitus usus oder fructus nicht einwilligen könne, weil man der Natur der Sache nach nur auf das einwilligen kann, was man selbst thun darf, der Nutznießer aber keine Servitut bestellen kann. Diese Meinung halte ich aus dem Grunde für unrichtig, weil man die vom Usufructuar gegebene Einwilligung auf die Bestellung des usus oder des fructus nur als ein Verzichten auf einen Theil des ususfructus ansehen kann.

### D. Es darf eine von Anfang an und voraussichtlich für immer unnütze Servitut nicht constituirt werden.

Dieser Rechtssatz versteht sich am Ende von selbst und darum ist es zu verwundern, daß noch ein Zweifel darüber

---

32) Der betreffende Auszug aus dessen Schrift soll sich in einer Konstantinopolitanischen Basilikenhandschrift befinden. Nach der von Zachariä gegebenen Interpretation lautet die betreffende Stelle folgendermaßen: „ejus enim consensus in computationem venit, qui etiam principale negocium perficere potest. — Principale autem negocium, hoc est servitutem imponere usufructuarius non potest“ etc. —

entstehen konnte, zumal da er in dem Fragm. 15. de servit. deutlich genug ausgedrückt ist.

Aber viele Rechtsgelehrte, z. B. Thibaut und Gödke, finden die Sache nicht so klar, wie sie ist, und sie stellen, indem sie sich auf ein falsch verstandenes Fragment des römischen Rechts beziehen, die Behauptung auf, daß zwar eine nicht reservirte Servitut inutiliter nicht bestellt werden kann, daß aber die Bestellung einer reservirten Servitut unter diesen Voraussetzungen wohl zulässig ist. Das Fragment, auf welches Thibaut verweiset, ist die L. 19. de servit.

Der Sinn desselben ist aber nicht der, daß unnütze Servituten deducendo bestellt werden können, sondern vielmehr der, daß die Bestellung der Servituten dadurch nicht unzulässig wird, wenn der Servitutberechtigte dieselbe aus rein subjectiven, individuellen Gründen nicht ausübt. Cf. Löhr Magazin Bd. 3. — Es ist zwar wahr, daß der Jurist hier nur von deducirten Servituten spricht, aber dennoch wäre es falsch, wenn man daraus die Theorie bilden wollte, daß das Gesagte nur auf die deducirten Servituten Anwendung findet. Denn es ist nicht einzusehen, worauf sich hierin ein Unterschied zwischen den deducirten und constituirten Servituten gründen könne. Und dann ist dies nichts Neues und Ungewöhnliches, daß die römischen Juristen von einem einzelnen Falle reden, wo wir die Sache allgemein ausdrücken würden. Diese Eigenthümlichkeit der römischen Juristen findet in der entschieden practischen Geistesrichtung des römischen Volks ihre Erklärung und ihre Rechtfertigung.

Doch wir wollen sehen, wie Thibaut seine Theorie begründet, wonach auch objectiv unnütze Servituten reservirt werden können. Er findet den Grund dieser vermeintlichen Verschiedenheit zwischen den so genannten reservirten und zwischen den nicht reservirten Servituten in der Analogie der reservirten Theile einer auf einen Andern über-

tragenen körperlichen Sache, und er argumentirt etwa so: Wenn ich meine körperliche Sache auf einen Andern übertrage, so hängt es von mir ganz ab, ob ich sie ihm ganz übergeben will oder nicht, ganz einerlei, ob mir das Zurückbehaltene nützlich ist oder nicht. Da nun die Servitut, fährt Thibaut weiter fort, ein intellectueller Theil des Eigenthums ist, so muß dasselbe auch bei der reservirten Servitut in Anwendung kommen, und es muß mir ebenso gestattet sein, eine unnütze Servitut mir zu reserviren, wie es mir z. B. erlaubt ist, nur 5 Bände von einem sechsbändigen Werke auf einen Dritten zu übertragen, und den sechsten mir ganz unnützen Band zurückzubehalten. Zugegeben auch, daß die Analogie, auf welche Thibaut verweiset, eine ganz passende wäre, was in der That gar nicht der Fall ist, so würde dieselbe dasjenige nicht beweisen, was Thibaut damit beweisen wollte, sondern etwas ganz anders, was Niemand bezweifeln kann; nämlich sie würde nicht das beweisen, daß eine von Anfang an und voraussichtlich für Jeden unnütze Servitut bestellt werden kann, sondern nur das, daß die Prädialdienstbarkeiten constituirt werden können, wenn sie auch für den Erwerbenden eben so unnütz sein sollten, wie z. B. der sechste Band eines Werkes für ihn unnütz ist, der darum an sich und objektiv genommen keineswegs eine ganz werthlose Sache ist und möglicherweise unter Umständen für Andere von einem großen Werthe sein kann.

Nicht besser ist die Deduktion Gödkes in seiner Schrift: an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit? Er geht davon aus: daß es sich bei einer reservirten Servitut nicht sowohl um den Erwerb, als vielmehr um den Verlust derselben handle, da sie ja als eine reservirte schon vor der Uebergabe der Sache existiren mußte; und daraus ergebe sich die weitere Folgerung, daß bei derselben die Frage ganz unwesentlich sei, ob sie realiter utilis ist, oder nicht, und daß

nur die Frage von Wichtigkeit sei, ob die Möglichkeit einer utilitas in der Zukunft vorhanden ist, oder nicht, indem ein schon begründetes Rechtsverhältniß nicht durch das bloße Nichtvorhandensein einer utilitas in der Gegenwart, sondern erst durch eingetretene gänzliche Unmöglichkeit derselben erlösche.

Diese Deduktion beruht auf der falschen Voraussetzung daß eine deducirte Servitut noch vor der Uebertragung des Eigenthums zu existiren angefangen hat, was sich schon dadurch widerlegt, daß Niemand eine Dienstbarkeit an einer Sache, deren Eigenthum er noch hat, erwerben kann. Uebrigens verweise ich auf das, was ich weiter unten über die deducirten Dienstbarkeiten sagen werde.

## Grundsätze, welche den Prädialservituten eigenthümlich sind.

### A. Eine Prädialservitut muß causa perpetua haben.

Das genannte Requisit enthält die Forderung, daß die zur Ausübung einer bestimmten Servitut nothwendige Eigenschaft des dienenden Grundstücks nicht vorübergehend und zufällig, sondern fortdauernd sein soll, damit der Zweck der Servitut dauernd erreicht werden könnte. Soweit geht aber das Requisit der causa perpetua nicht, daß man bei der Bestellung der Servitut die Gewißheit haben müsse, daß kein die Ausübung derselben hemmendes Ereigniß vorkommen werde; es genügt vielmehr, wenn man das Eintreten desselben nicht voraussehen kann. Sonst wäre die Bestellung der Prädialservituten überhaupt unmöglich, indem selbst dasjenige, was nicht wahrscheinlich ist, möglich sein kann,

Bei den Wegegerechtigkeiten wird die causa perpetua dann sein, wenn der Grund und Boden des dienenden

Grundstücks so beschaffen ist, daß man über denselben dauernd gehen, fahren u. s. w. kann. Die servilus oneris ferendi wird die c. p. dann haben, wenn die dienende Mauer das herrschende Gebäude wird voraussichtlich tragen können. Die negativen Dienstbarkeiten werden die causa perpelua immer haben, und zwar aus einem dreifachen Grunde:

a) weil ein faktisches Hinderniß, welches dem dienenden Eigenthümer an der Ausübung bestimmter Handlungen hindern könnte, insofern kein dauerndes sein kann, als der herrschende Eigenthümer Rechtsmittel genug hat, dasselbe abzuwenden;

b) weil auch abgesehen davon ein solches Hinderniß nicht vermuthet werden kann.

c) weil abgesehen davon die Ausübung derselben überhaupt keine Eigenschaft des dienenden Prädiums voraussetzt.

Diejenigen Servituten, welche dem Berechtigten die Befugniß ertheilen, bestimmte auf dem dienenden praedium befindliche Stoffe zum Vortheil seines Prädiums zu verwenden (servitus calcis coquendae, arenae fodiendae, cretae eximendae, aquaeductus, aquaehaustus, Weidegerechtigkeiten) werden die c. p. dann haben, wenn der Vorrath unerschöpflich ist. So kann eine Wassergerechtigkeit nur aus einer aqua viva et perennis, nicht aber aus einem lacus, stagnum, cisterna bestellt werden.

Fragm. 28. in fine de S. P. U. und Fragm. 1. §. 4. de fonte.

In den ältesten Zeiten ging das römische Recht noch weiter, indem die Bestellung einer Wassergerechtigkeit nur ex fonte oder ex capite [33]) fluminis gestattet war.

Fragm. 9. de S. P. R.

---

33) Caput aquae wird in dem fragm. 1. §. 8. de aqua quotid. so definirt: caput aquae illud est, unde aqua nascitur, si ex fonte nasca-

Es bleiben noch zwei Punkte übrig, die hervorgehoben werden müssen. Zunächst ist zu sagen, daß diejenigen Servituten, welche dem herrschenden Eigenthümer das Recht ertheilen, bestimmte auf dem Eigenthum eines Dritten befindliche Vorräthe zum Vortheil seines Prädiums zu verwenden, nur dann die causa perpelua haben, wenn der betreffende Vorrath ex causa naturali sit, d. h. wenn er auf eine naturgemäße Weise erhalten wird, wenn also die Erhaltung oder Herbeischaffung desselben die fortgesetzte Thätigkeit des Herrn der dienenden Sache nicht erheischet. So kann eine Wassergerechtigkeit an dem Abfluß eines zur Wirthschaft gebrauchten und durch menschliche Kraft erst hingeschaften Wassers nicht bestellt werden.

Fragm. 28. de S. P. U.

Daher kann auch nicht das Recht, die Abfälle aus einem auf dem dienenden Grundstück betriebenen Gewerbe zu beziehen, zum Inhalt einer Prädialservitut gemacht werden, indem diese Abfälle durch die Gewerbsthätigkeit erzeugt werden. Ja in den älteren Zeiten war die Bestellung einer Prädialservitut auch dann unzulässig, wenn ihre Ausübung nur mit Hülfe der von dem Eigenthümer des praedium serviens errichteten Anlagen möglich war. Dies hat aber der Kaiser Antonius in einem Rescripte geändert.

Fragm. 2. comm. praed. „de aqua per rotam [34]) tol-

---

tur, ipse fons, si ex flumine vel lacu, prima incilia vel principia fossarum, quibus aquae ex flumine vel ex lacu in primum rivum communem pelli solent.

34) Wenn die meisten Rechtsgelehrten die Wasserräder als dem Eigenthümer des herrschenden Prädiums anzehörend sich denken, so ist dies unbegründet; denn es ist nicht einzusehen, warum es dem Servitutberechtigten nicht gestattet sein sollte, eine Wassergerechtigkeit zu erwerben, welche durch Hülfe von mechanischen Wasserrädern ausgeübt wird. Hierzu kommt, daß auch die Zusammenstellung der Wasserräder mit dem Bassin, in welches sich das Wasser ergießt, darauf hinweiset, daß man unter rota sich Wasserräder des dienenden Eigenthümers zu denken habe. Cf. et Vangerow §. 340. 3. b.

lenda vel ex flumine, vəl haurienda, vel si quis servitutem castello [35]) imposuerit, quidam dubitaverunt ne haec servitus non esset. Sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adjicitur, licet servitutis jure non valuit, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc jus acquisivit, tuendum esse eum, qui hoc jus possedit.“

Der Grund, warum eine Prädialservitut nur unter der genannten Voraussetzung bestellt werden kann, liegt darin, daß eine die fortgesetzte Thätigkeit eines Dritten voraussetzende Dienstbarkeit einen obligatorischen Zusatz haben würde, vermöge dessen ein jeder nachfolgende Besitzer des dienenden Prädiums, möge er Universal- oder Singularsuccessor sein, zu der entsprechenden Thätigkeit verpflichtet wäre, also einen Zusatz, der gegen alle Principien des römischen Obligationenrechts wäre, nach welchem Niemand einen Singularsuccessor zu irgend etwas verflichten kann.

Der zweite Punkt, welcher erwähnt werden muß, ist der, daß das Erforderniß der causa perpetua mit der Continuität nicht identisch ist, daß also dasselbe die Forderung, die Servitut ununterbrochen ausüben zu können, nicht enthält. Aber freilich darf dies nicht soweit gehen, daß zwischen den einzelnen Gebrauchsakten eine so lange Zwischenzeit liegen sollte, daß jeder Zusammenhang zwischen denselben ausgeschlossen wäre.

Hoffmann zerlegt das Requisit der c. p. in folgende zwei Momente:

a) Die Servitut muß für die Dauer ausgeübt werden können:

b) Die Ausübung der Servitut muß blos durch die

35) Castellum wird in dem fragm. 1. §. 39. de aqua quotid. so definirt: „ — aequissimum visum est ei quoque, qui ex castello ducit interdictum dari, id est ex eo receptaculo, quod aquam publicam suscipit castellum accipe.“

Mittel möglich sein, welche in der Natur der concreten Servitut enthalten sind.

Dasjenige, was Hoffmann unter a, sagt, ist richtig; dasjenige aber, was er unter b sagt, ist zwar richtig, gehört aber nicht hierher und versteht sich von selbst. Denn man kann sich ja keine Servitut denken, die nicht durch die ihr entsprechenden Mittel ausgeübt wird. Ueberhaupt werden alle Befugnisse, durch entsprechende Handlungen, — welche als Mittel, die zum Zwecke führen, angesehen werden können — ausgeübt. — Diese irrige Auffassungsweise der causa perpetua hat mit sich einen anderen Irrthum im Gefolge gebracht. Hoffmann sagt nämlich auf der Seite 53., daß die causa perpetua bei der servitus itineris mangle, wenn zwischen dem herrschenden und dienenden Prädium ein Fluß in der Mitte liegt, über den man stets nur vermittelst eines Fahrzeugs gelangen kann. Zu dieser falschen Ansicht wurde Hoffmann offenbar dadurch geführt, daß er, von dem irrigen Gesichtspunkte ausgehend, die causa perpetua fordere es, daß jede Prädialservitut durch entsprechende Mittel ausgeübt werde, so argumentirte: bei der servitus itineris sei das Gehen als das Mittel zu betrachten; da nun, wo stets ein Fluß in der Mitte liegt, man durch das bloße Gehen nicht durch kann, so sei keine causa perpetua vorhanden.

Eine ganz eigenthümliche Ansicht stellt Schrader über die causa perpetua auf. Schrader geht davon aus, daß die causa perpetua früher bloß bei Wasserleitungen und ähnlichen Dienstbarkeiten vorgekommen sei, und dort so viel als viva aqua bedeutet habe. Eine causa perpetua habe hauptsächlich dann gemangelt, wenn der ganze Wasservorrath von Menschenhänden hätte herbeigeschafft werden müssen. Diese letztere Beziehung habe man in den späteren, allgemeine Grundsätze begünstigenden Zeiten, verallgemeinernd auf alle Prädialservituten angewendet, und so sei die Regel entstanden, daß eine Servitut rechtlich

unzulässig ist, zu deren Ausübung fortgesetzte Handlungen des dienenden Eigenthümers nöthig gewesen wären. Die Schraderſche Meinung entbehrt — wie man sieht — aller tieferen positiven Begründung. Wenn Schrader behauptet, daß die causa perpetua hauptsächlich die Forderung enthalte, daß der Wasservorrath ex natural causa entstehen solle, so ist das nicht richtig; denn, wenn es auch wahr ist, daß die causa perpetua auch diese Forderung mit umfaßt, kann man doch nicht behaupten, daß sie dieselbe hauptsächlich umfassen sollte. Die hauptsächlichste und unmittelbare Forderung der causa perpetua ist die, daß der Wasservorrath ein perpetuus sei, und dies, daß er ex naturali causa perpetuus sei, und also nicht durch menschliche Thätigkeit herbeigeschafft werden solle, ist nur eine weitere Forderung, die sich auch auf einem ganz anderen Grund gründet. Die erstere Forderung ist rein positiv, indem man von ihr nach allgemeinen Rechtsprincipien sehr wohl absehen könnte. Die letztere Forderung gründet sich darauf, daß Niemand seine Singularsuccessoren verpflichtet machen kann. Wäre es richtig — was Schrader behauptet, — daß die causa perpetua in Bezug auf die Servituten, auf welche sie übertragen worden sein soll, das bedeute: Servituten seien unzulässig, wenn zu deren Ausübung fortgesetzte Handlungen des dienenden Eigenthümers nöthig seien, so würde daraus folgen, daß die causa perpetua nur bei denjenigen Servituten zur Anwendung kommt, welche dem Berechtigten das Recht geben, einen bestimmten fremden Vorrath zu benutzen, mit anderen Worten würde sich ergeben, daß Schrader sich selbst widerspricht, wenn er von der Uebertragung der causa perpetua auf alle Arten der Servituten spricht. So ist die Schraderſche Ansicht logisch mit sich selbst nicht zusammenhängend.

## B. Die Prädialservituten können nur unter praedia vicina constituirt werden.

Fragm. 5. §. 1. de S. P. R.

Vicina heißen nicht allein diejenigen praedia, welche unmittelbar aneinander grenzen, sondern es werden nach Umständen auch diejenigen praedia, vicina genannt, welche in einer größern Entfernung von einander liegen. Wir sehen hieraus, daß der Begriff der Vicinität ein sehr relativer ist. Da nun derselbe an und für sich ein unbestimmter ist, so muß von Außen her ein Maßstab hinzukommen, nach welchem zu beurtheilen ist, ob bestimmte concrete praedia in einem Vicinitätsverhältniß zu einander stehen, oder nicht. Was ist nun dieser Maßstab? Es ist die faktische Möglichkeit, eine bestimmte concrete Servitut ausüben zu können.

Da die Möglichkeit der Ausübung der Servitut den Maßstab für die Vicinität bildet, so erklärt sich, daß bei manchen Servituten eine sehr nahe Nachbarschaft gefordert wird, wie z. B. bei der servitus tigni immitendi, servitus oneris ferendi; bei manchen weniger nahe, z. B. bei den negativen Gebäudeservituten; bei manchen endlich auch eine große Entfernung den Begriff der Nachbarschaft nicht ausschließt, z. B. bei den meisten Felddienstbarkeiten und bei den Aussichts- und Lichtgerechtigkeiten, bei welchen letzteren nur gefordert wird, daß man von dem einen Prädium auf das andere sehen kann.

Fragm. 39. de S. P. U.

Das Requisit der Vicinität unterscheidet sich darin von dem Requisit der causa perpetua, daß das letztere nur die Forderung enthält, daß derjenige Zustand, welcher zur Ausübung einer bestimmten Servitut nöthig ist dauernd verbleibt, während das erstere bestimmte nachbarliche Eigenschaften der Prädia im Verhältniß zu einander voraussetzt, ohne welche eine bestimmte Servitut überhaupt

nicht existiren kann. Der Mangel der causa perpetua macht die Ausübung der Servitut factisch möglich — juristisch freilich nicht — aber nur bis zu einer bestimmten Zeit oder nur in bestimmten Zeiten; der Mangel der Vicinität macht dagegen die Ausübung der Servitut selbst factisch unmöglich. Es liegt daher in der Natur der Sache selbst, daß man von dem Erforderniß der Vicinität nicht absehen kann, während das Requisit der causa perpetua etwas rein positives ist. Thibaut freilich in seinen civilischen Abhandlungen Nr. 3. und Schrader, Abhandl. 5., sind anderer Meinund und glauben, daß das Requisit der Vicinität nur bei den constituirten, nicht aber auch bei den reservirten Servituten zur Anwendung kommt.

Thibaut bezieht sich auf das fragm. 6. comm. praed.

Abgesehen davon, daß der Ausdruck „vicinae ardes“ in diesem Fragmente in einer vulgairen Bedeutung gebraucht wird, indem er diejenigen praedia, welche unmittelbar an einander grenzen, bezeichnet, — so ist dies Fragment schon deshalb nicht geeignet, die Ansicht Thibaut's zu unterstützen, weil dasselbe nicht allein von dem Falle redet, wo das veräußerte Prädium dem zurückbehaltenen, sondern auch von dem Falle, wo umgekehrt das zurückbehaltene dem veräußerten dienen soll. Vorausgesetzt also, daß in diesem Fragmente von der Zulässigkeit der Servitut zwischen den praedia non vicina in dem streng juristischen Sinne des Worts die Rede ist, so würde aus derselben etwas ganz Anderes folgen, als Thibaut daraus folgern will, nämlich dies, daß das Requisit der Vicinität bei allen Prädialdienstbarkeiten überhaupt, sowohl den constituirten, als auch den deducirten, kein nothwendiges sei.

Die allgemeinen Gründe Thibaut's kommen darauf hinaus, daß es Jemandem darum erlaubt sein müsse, sich die Servitut an einem praedium non vicinum zu reserviren, d. h. in einem Falle zu reserviren, wo sie ihm ganz unnütz ist, weil es überhaupt einem Jeden, der ein gewisses

Ganze veräußert, gestattet ist, einzelne Theile desselben, und sollten ihm dieselben auch ganz nutzlos sein, zu behalten. Die Analogie, auf welche sich Thibaut beruft, ist aus einem doppelten Grunde unpassend:

a) darum, daß zwischen der Veräußerung eines einzelnen Theils einer ganzen Sache und zwischen den durch Deduction entstandenen Servituten keine Analogie stattfindet, da die deducirten Servituten streng genommen nicht reservirt, sondern neu erworben werden, indem nur dasjenige reservirt werden kann, was man früher schon hatte, die Servitut aber wegen des Grundsatzes: nemini res sua servit vor der Uebergabe der Sache noch nicht existirt hat;

b) weil in dem Requisit der Vicinität nicht sowohl die Forderung liegt, daß die Servitut utiliter ausgeübt werden könnte, als vielmehr die Forderung, daß man sie überhaupt ausüben könnte.

Hierher gehört die Controverse: ob das Erforderniß der Vicinität auch bei den s. g. irregulären Personalservituten zur Anwendnng kömmt, d. h. bei denjenigen, die in einem concreten Falle als Personalservitut bestellt wurden, wiewohl sie gewöhnlicher als Prädialservituten vorkommen. Hier stehen sich zwei Ansichten schroff gegenüber. Mühlenbruch behauptet im civilistischen Archiv XV. 382. fgg., daß die beiden Prädia, das herrschende und das dienende, auch bei den letztern vicina sein müssen. Seine Gegner behaupten das Gegentheil. Ich glaube, daß die Wahrheit so ziemlich in der Mitte liegt, daß hier Alles auf den Zweck, zu welchem die Servitut bestellt wird, ankommt. Ist der Zweck dieser, dem herschenden Prädium einen bestimmten Vortheil zu verschaffen, so kann man von dem Erforderniß der Vicinität nicht absehen — und in sofern hat Mühlenbruch Recht — denn da eine solche Personalservitut sich nur darin von einer Prädialservitut unterscheidet, daß sie an die Eigenthumsdauer einer be-

stimmten Person gebunden ist, während jene als Accession des Prädiums mit dem Praedium auf den jedesmaligen Besitzer übergeht — so folgt von selbst, daß man von dem Erforderniß der Vicinität nicht absehen kann, da, falls dieses Requisit mangelt, die Servitut überhaupt nicht ausgeübt werden kann. Ist dagegen der Zweck dieser, dem Berechtigten die Möglichkeit der Befriedigung bestimmter rein persönlicher Bedürfnisse zu verschaffen — was freilich wohl nur bei manchen Wassergerechtigkeiten der Fall sein wird — so kann von dem Erforderniß der Vicinität gar nicht die Rede sein, da die Bestellung solcher irregulären Personalservituten den Besitz eines Prädiums eben so wenig voraussetzt, wie die Bestellung der regulären Personalservituten. — Daß aber die Bestellung der Wassergerechtigkeiten zu dem letztern Zwecke möglich ist, wird ausdrücklich in dem Fragm. 1. §. 11. de aqua quod. et aest. [36]) gesagt.

Es ist sehr auffallend, daß Mühlenbruch sich auf das Fragm. 14. §. 3. de alim. vel cib. legat. beruft; denn dieses, indem es von einem Falle redet, wo Jemandem eine Wassergerechtigkeit per fideicommissum zu dem Zwecke hinterlassen wurde, damit er seinen Hausbedarf befriedigen könnte unterstützt seine Ansicht nicht. Das Fragment lautet:

„Quidam libertis suis ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponeretur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sit comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta.

36) Das fragm. wird von Thibaut „Versuche" mißverstanden.

Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam oppulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur; in eadem causa erunt gestandi, vel in tuo udas premendi, vel areae tuae ad frumenta celeraque legumina exprimenda utendi; haec enim aqua personae relinquitur.“

Was den Inhalt des citirten Fragments anlangt, so glaube ich, daß dasselbe sowohl von Mühlenbruch, als auch von Roßhirt (Lehre von den Vermächtnissen II. 83 fgg.), dem auch Vangerow beitritt, auf eine unrichtige Weise interpretirt wurde. Die Stelle muß meinem Dafürhalten nach so gelesen werden, daß man die Worte: nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur, in eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta celeraque legumina exprimenda utendi, als eine Parenthese betrachtet, welche Ulpian in der Absicht zwischen den Satz: nec videri inutile esse legatum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta und zwischen den Satz: haec enim aqua personae relinquitur, hineingeschoben hat, um den Gegensatz so recht hervorzuheben zwischen denjenigen Personalservituten, die personae relinquuntur, d. h. die zum persönlichen Bedarf hinterlassen werden, und zwischen denjenigen, welche zum Vortheil eines Prädiums bestellt werden. Die letzten Worte: haec enim aqua personae relinquitur enthalten den Grund des im vorhergehenden Satze ausgesprochenen Gedankens. — Ich weiche somit von der Interpretation Mühlenbruchs in zwei Pnnkten ab,

a) indem ich die Worte: haec enim aqua personae relinquitur nicht auf ein blos obligatorisches Forderungsrecht auf den aquaehaustus, sondern auf eine wirkliche servitus aquaehaustus beziehe;

b) indem ich den in der Parenthese ausgedrückten Ge-

danken nicht als eine weitere Ausführung des Zweifels gegen ein solches Fideicommiß betrachte, sondern umgekehrt als Abweisung jeden Zweifels durch die Hervorhebung des Gegensatzes zwischen den Servituten, welche die Erhöhungen der Vortheile eines Praediums bezwecken und denjenigen, welche zum persönlichen Bedarf bestellt werden. —

Die Unrichtigkeit der Mühlenbruchschen Interpretation ergiebt sich schon aus dem Umstande, daß wenn wirklich von einem obligatorischen Forderungsrechte in dieser Stelle die Rede wäre, ein Zweifel gegen die Gültigkeit eines solchen Fideicommisses wahrhaft unbegreiflich wäre, noch weniger begreiflich wäre das Bestreben Ulpians, einen solchen leeren Zweifel weitläufig zu beseitigen.

Daß die Interpretation Roßhirts und Bangerows eine unrichtige ist, fällt einem jeden Unbefangenen von selbst ein. Denn diese beiden Rechtsgelehrten müssen, um das Fragment mit ihrer Ansicht in Einklang zu bringen, zu einer sehr gewagten Emendation ihre Zuflucht nehmen. Sie emendiren nämlich dies Fragment folgendermaßen, daß sie statt der Lesart: nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur etc., die Lesart vorschlagen: nam et hauslus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus; personae tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur etc. Abgesehen davon, daß eine solche Emendation höchst gewagt ist, so ist sie auch eine ungeschickte, indem dadurch dem Ulpian die Widerlegung des Zweifels gegen ein Fideicommiß des aqaehaustus zweimal in den Mund gelegt wird, einmal in der großen Parenthese: nam et hauslus aquae etc., das zweite Mal in den Endworten: haec enim aqua personae relinquitur. Hierzu kommt, daß der Gedanke, den Roßhirt dem Ulpian zweimal in den Mund legt, nämlich der, daß ein Zweifel gegen die Gültigkeit

der einem non vicinus hinterlassenen servitus aquaehaustus darum unstatthaft ist, weil dieselbe als Personalservitut hinterlassen wurde, an sich aller Begründung entbehrt, indem ja die Beantwortung der Frage, ob eine Personalservitut einem non vicinus hinterlassen werden könne, von dem Zwecke abhängt, zu welchem dieselbe bestellt wird.

C. Die Prädialservituten können nur dann constituirt werden, wenn die Ausübung derselben durch ein dazwischen liegendes Object nicht gehindert wird.

Dieses Erforderniß ist von dem Requisit der Vicinität verschieden, wenn auch beide Erfordernisse oft mit einander verwechselt werden. Das letztere Erforderniß involvirt:

a) die Abwesenheit der rechtlichen Hindernisse, welche alsdann vorhanden sind, wenn ein in der Mitte liegendes Object durch die Ausübung der Servitut auf eine unrechtmäßige Weise afficirt worden wäre.

b) Die Abwesenheit der factischen Hindernisse, welche alsdann eintreten, wenn die Ausübung der Servitut wegen eines in der Mitte liegenden Objects factisch unmöglich ist.

Von einem rechtlichen Hindernisse kann natürlich nur bei den positiven Servituten die Rede sein, denn da die negativen Servituten durch keine positiven Handlungen ausgeübt werden, so kann ein in der Mitte liegendes Object durch deren Ausübung überhaupt nicht afficirt werden. Sehr wahrscheinlich ist es, daß Paulus dies in dem fragm. 7. §. 1. de S. P. R. andeuten wollte [37]).

---

37) Die Felddienstbarkeiten sind nämlich alle, mit Ausnahme einer einzigen, die wohl nur sehr selten bestellt wird, positiver Natur.

Ganz anders verhält sich die Sache mit den factischen Hindernissen. Diese können sich eben sowohl bei den positiven, als auch bei den negativen Servituten ereignen. Soweit im Allgemeinen.

Nun werde ich einige concrete Fälle, die hierher gehören und sich in den Quellen befinden, speciell angeben.

Wenn ein Ort in der Mitte liegt, der sich im Eigenthum eines Dritten befindet, so kann die Servitut nur mit dessen Einwilligung ausgeübt werden.

Fragm. 23. §. 3. de S. P. R.

Liegt in der Mitte ein locus religiosus, sacer oder sanctus, so kann die Servitut unter allen Umständen nicht bestellt werden.

Fragm. 14. §. 2. de servit.

Dagegen macht ein zwischen dem dienenden und dem herrschenden Prädium befindlicher locus publicus nur die Bestellung solcher Servituten unmöglich, durch deren Ausübung der locus publicus afficirt worden wäre.

Fragm. 1. de S. P. U.

Wenn sich der in der Mitte liegende Ort im Eigenthum des Servitutberechtigten befindet, so kann die Servitut unter allen Umständen bestellt werden, auch dann, wenn ihre Ausübung denselben afficiren sollte; denn dadurch, daß das eigene Prädium afficirt wird, werden die Rechte Anderer nicht geschmälert.

Ganz das nämliche tritt ein, wenn in der Mitte ein Ort liegt, an welchem der Besteller der Servitut ein Eigenthumsrecht hat. Denn der Eigenthümer des dienenden Prädiums ist verpflichtet, dem Berechtigten alle zur Ausübung der Servitut erforderlichen Mittel zu gewähren.

Ein factisches Hinderniß tritt bei der Ausübung vieler Servituten, z. B. dann ein, wenn zwischen den beiden Prädia, dem dienenden und dem herrschenden, ein Berg oder ein Gebäude mitten inne liegt.

Fragm. 38. de S. P. U.

Entsteht erst später, nachdem die Servitut bereits bestellt wurde, ein solches Hinderniß, welches die Ausübung derselben stört, so erlischt die Servitut nicht, sondern sie wird nur auf so lange unterbrochen, bis das eingetretene Hinderniß hinweggefallen ist, vorausgesetzt, daß dies noch vor Ablauf der Verjährungsfrist eintritt.

D. Eine Prädialservitut darf weder unter einer Bedingung, noch zu einer bestimmten Zeit, noch endlich von einem bestimmten Zeitpunkt an, bestellt werden.

Dies Verbot [38]) galt nur in dem ältern jus civile und erklärt sich:

a) theils aus der alten Einrichtungsform der Servituten, indem weder der mancipatio noch der in jure cessio Bedingungen u. s. w. hinzugefügt werden konnten;

b) theils aus dem Geiste, des älteren Rechts, welches dem Privatwillen der Contrahenten keinen ganz freien Spielraum bei der Beschränkung der Eigenthumsfreiheit gelassen hat.

Daß dies Verbot aus der alten Errichtungsform der Servituten allein nicht abzuleiten ist, folgt daraus, daß sonst dasselbe mit der Abschaffung der mancipatio und der in jure cessio ipso jure hätte hinwegfallen müssen, was

---

38) Daß dieses Verbot sich auf diejenigen Dienstbarkeiten nicht bezieht, welche aus letztwilligen Verfügungen entstehen, ist anzunehmen, denn da der Wille des Testators nach der Römischen Rechtsanschauung eine der lex analoge Rechtskraft hatte, so ist gar nicht zu denken, daß man die Testirfreiheit hierin beschränken sollte. — Da nun die Prädial-Servituten meistens durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, die Personal-Servituten dagegen durch Legate begründet wurden, so kann man, ohne eine große Ungenauigkeit zu begehen, das genannte Verbot nur auf die Prädial-Servituten beziehen, und so rechtfertigt sich die Stellung dieses Capitels im Systeme der Dienstbarkeitslehre.

nicht geschah, wie es aus dem Fragm. 4. de servit. hervorgehet. Dasselbe lautet;

„servitutes ipso quidem jure [39]) neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem verbi gratia quam diu volam constitui possunt. Sed tamen si haec adjiciuntur per pacti vel doli exceptionem occurretur [40]) (scilicet ex

39) Das Wort ipso jure bezieht sich auf das jus civile und drückt den Gegensatz aus von dem jus honorarium. Woher kommt es wohl, daß in den Römischen Rechtsquellen immer auf diese Weise das jus civile dem jus honorarium entgegengesetzt wird? War denn das jus honorarium kein jus? Die Sache ist die: das jus civile ist:

a) an und für sich dem Begriffe nach ein jus;

b) es hat die practische Rechtswirkung.

Das jus honorarium ist an und für sich kein jus, denn der Prätor ist ein Beamter des populus romanus; er übt also einen Theil der executiven Gewalt aus, und da er keine legislative Gewalt hatte, so konnte er auch kein jus schaffen. Die im Edicte befindlichen Erlasse sind eben nur Verfügungen, in denen der Prätor erklärt, in welcher Weise er Rechtsstreitigkeiten entscheiden werde. Aber wenn auch das jus honorarium an und für sich kein jus ist, so erzeugt es doch die nämlichen Wirkungen, wie das jus, indem der Prätor die in Gemäßheit seines Edicts entstandenen Rechtsverhältniße schützt. Die nach dem civilen Rechte entstandenen Rechtsvehältnisse existiren ipso jure, die nach dem Prätorischen tuitione Praetoris. So ist durch die Prätorische Jurisdiction die theoretische Seite des Rechts, d. h. das Recht an und für sich von der praktischen Seite desselben, d. h. von der rechtlichen Wirksamkeit und umgekehrt auseinandergerissen. Das jus honorarium hat nur die praktische Seite des Rechts, das jus civile, wenn es in Collision mit dem jus honorarium tritt, existirt nur theoretisch. Die Anomalie entstand daraus, daß die Römer, ein so großes Organisationsgenie sie auch im Gebicte des Privatrechts offenbart hatten, in der Sphäre der Staatsverhältnisse kein gesundes Princip der Organisation zur Geltung brachten. Die Aufgabe, die Staatsverhältnisse zu organisiren, blieb der neueren Zeit vorbehalten.

40) Daß das genannte Verbot durch den Prätor aufgehoben wurde, wird nicht allein durch den Gegensatz ipso jure wahrscheinlich, sondern auch dadurch, daß die hinzugefügte Bedingung auf die nämliche Art wirksam gemacht wird, auf welche der Prätor die seinem Edicte gemäß entstandenen Rechtsverhältnisse zu schützen pflegt.

jure honorario) contra placita servitutem vindicanti, idque id Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere.“ —

Ferner ergiebt sich dies daraus, daß der Prätorische Schutz per pacti exceptionem eine in bedingten Worten geschehene Bestellung voraussetzt, also eine Bestellung, welche weder per mancipationem, noch per in jure cessionem geschah, da bei diesen bedingte Worte nicht gesprochen werden konnten.

Bangerow erklärt §. 340. 4. das Verbot auf eine andere Weise. Er unterscheidet zwischen einer Suspensiv- und einer Resolutivbedingung. Die Resolutivbedingung konnte, meint er, aus dem Grunde nicht hinzugefügt werden, weil es in der Natur der Prädialservituten liege, daß sie dem jedesmaligen Besitzer Vortheil bringen müssen; die Suspensivbedingungen aus dem Grunde, weil die mancipatio und die in jure cessio unbedingt geschehen mußten. Dagegen ist zu bemerken, daß der mancipatio und in jure cessio eben so wenig eine resolutive, wie eine suspensive Bedingung hinzugefügt werden durfte, daß also Bangerow jedenfalls hätte sagen sollen: das Verbot, eine Resolutivbedingung hinzuzufügen, erklärt sich theils aus der Bestellungsform, theils aus der Natur der Prädialservituten, während das Verbot einer Suspensivbedingung nur aus der Bestellungsform abzuleiten ist.

Hingegen war es gestattet, die Bestellung der Servitut unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung zu versprechen, denn eine versprochene Servitut ist noch keine bestellte Servitut.

Ferner konnte man Prädialservituten unter Hinzufügung eines modus bestellen, da ein modus sich nicht auf die Existenz der Servitut, sondern auf die Art der Ausübung derselben bezieht.

Fragm. 4. §. 1. de servit.

Da die Bestellung einer Prädialservitut mit der

nähern Einschränkung, daß dieselbe nur von Zeit zu Zeit ausgeübt werden soll, als ein modus galt,

Fragm. 4. §. 2. de serv.

so war eine solche Bestellung zulässig.

Fragm. 5. §. 1. de serv.

---

Es bestehet zwischen den legirten Personalservituten und zwischen den aus Rechtsgeschäften unter Lebenden entstandenen Prädialservituten der Unterschied, daß eine alternis annis legirte Personalservitut als mehrere unabhängige einzelne Servituten angesehen wird, während eine so constituirte Prädialservitut als eine einzige Servitut gilt.

Fragm. 13 de usu et usufr [41]).

Hoffmann giebt davon §. 19. folgenden Grund an: Bei den Prädialservituten höre der Zweck, welcher durch die Servitut als das Mittel erreicht werden soll, dadurch nicht auf, daß die Servitut nicht zu jeder Zeit ausgeübt wird. Denn durch eine solche Ausübung der Servitut höre die Verbindung zwischen dem herschenden und dienenden Prädium nicht auf. Anders verhalte sich die Sache bei den Personalservituten, denn hier werde der concrete Zweck immer durch den Willen gesetzt und die Dauer desselben durch den Willen bestimmt. Hier existirt der Zweck nicht, sowie das durch diesen Zweck bestimmte Recht, in dem Zeitpunkt nicht, in welchem der Zweck nicht erfüllt werden soll. — Mir klingt dies Alles sehr unklar.

Ich erkläre mir den hervorgehobenen Unterschied zwischen den Personalservituten und zwischen den Prädialservituten aus dem Umstande, daß die Hinzufügung von Bedingungen nur bei den Personalservituten ipso jure zulässig war, denn die Entscheidung, daß die Bestellung eines

---

41) Hieraus folgt, daß die Verjährungszeit für jede so legirte Personalservitut besonders beginnt, während eine alternis annis constituirte Prädialservitut nur eine Verjährungszeit hat.

altern is annis zu gebrauchenden ususfructus als Bestellung mehrerer unabhängiger Servituten gelten soll, setzt die civilrechtliche [42]) Möglichkeit der Bestellung desselben von einem bestimmten Zeittermine an, indem diese einzelnen ususfructus in diesem Falle eben nichts anders sind, als einzelne unter einem terminus a quo legirte Servituten.

## E. Die Prädialservituten müssen dem herrschenden praedium Vortheil gewähren.

Fragm. 15. de servit.

Daher kann die Befugniß, irgend etwas an einem fremden Grundstücke vorzunehmen, in dem Falle als Servitut nicht erworben werden, wenn diese Befugniß den Betrieb eines Gewerbes befördern soll, weil dadurch dem herrschenden Grundstücke kein Vortheil gebracht wird. Will Jemand eine solche Befugniß erlangen, so kann er sie nur obligatorisch erwerben, oder er kann sich eine Personalservitut bestellen lassen.

Fragm. 6. de S. P. R.

Nach demselben Prinzip ist auch die Unzulässigkeit einer Prädialservitut zu erklären, deren Inhalt im Spazieren in des Nachbars Garten oder im Abpflücken der Obstbäume u. s. w. besteht,

Fragm. 8. de servitut. „Ut pomum decerpere liceat, et ut spaciari, et ut coenare in alieno possimus servitus imponi non potest. [43]).

---

42) Ich habe dies Wort absichtlich gebraucht, um damit anzudeuten, daß es eben darauf ankommt, daß die Möglichkeit nach dem civilen Rechte vorhanden sei, daß es also nicht genügt, wenn die bedingte Bestellung nur nach dem Prätorischen Rechte zulässig ist. — Uebrigens weiß ich wohl, daß das Wort civilrechtlich nicht ganz richtig ist. Aber die Deutschen haben keinen Ausdruck für den Begriff des jus civile sensu stricto, weil ihnen der Begriff des jus civile überhaupt im Gegensatz zu dem jus honorarium ganz fremd ist.

43) Es kann die Frage entstehen, ob eine Personalservitut des

Thibaut in seinen Versuchen I. 1. subsumirt bei der Erklärung des citirten Fragments einen solchen Fall, wo auf dem herrschenden Prädium Platz genug zum Lustwandeln, Speisen und Obstpflücken gewesen sei und der Eigenthümer dieses Prädiums sich nur aus thörichtem Gelüste eine Servitut des Inhalts bestellen ließ. In einem solchen Falle muß, sagt Thibaut, die Bestellung der Servitut unzulässig sein, weil nicht vorausgesetzt werden könne, daß ein jeder nachfolgende Besitzer so kindisch sei wie sein Vorgänger. Diese Erklärung ist augenscheinlich unrichtig. Nicht besser ist die Erklärung Schraders, welche er in seinen civilrechtlichen Abhandlungen Nr. VI. giebt. Er sagt: man müsse zwischen denjenigen Servituten unterscheiden, welche der bloßen Annehmlichkeit wegen bestellt werden, und zwischen denjenigen, welche dem Prädium einen wahren Nutzen verschaffen. Die Bestellung der ersteren sei dann unzulässig, wenn die Ausübung derselben durch Vornahme bestimmter Handlungen auf dem dienenden Prädium, und zwar auf einem nicht abgetretenen Theile desselben geschieht, und von der Unzulässigkeit solcher Servituten rede das citirte Fragment. Der Grund liege darin, weil die Ausübung derselben, wenn sie auf dem dienenden Prädium geschieht, dem Eigenthümer weit belästigender sei, wie die Ausübung derer, welche auf dem herrschenden Prädium ausgeübt werden. Die Servituten

---

Inhalts bestellt werden kann? Ich glaube, daß nicht einmal die Bestellung einer Personalservitut unter den Umständen möglich ist, und zwar aus folgenden Gründen:

a) weil eine solche Bestellung zu unbestimmt wäre, indem jeder Maaßstab bei der Ausübung mangeln würde.

b) weil es überhaupt einem vernünftigen Menschen nicht einfallen kann, sich eine solche Servitut bestellen zu lassen, und der Satz: „Personalservituten werden für eine einzelne Person bestellt," gewiß nicht auf die Spitze getrieben und so gedeutet werden kann, daß auch diejenigen Bedürfnisse der Person, welche aus bloßer Laune entstehen, durch die Servitut befriedigt werden können. —

aber, welche dem herrschenden Prädium einen wirklichen Nutzen bringen, können unter allen Umständen bestellt werden, mögen dieselben durch Handlungen auf dem dienenden oder auf dem herrschenden Prädium ausgeübt werden. Dagegen läßt sich zweierlei einwenden;

a) daß in den Quellen ein solcher Unterschied zwischen den beiden Arten der Servituten sich auch nicht im Entferntesten angedeutet findet.

b) daß die Rücksicht, ob eine Servitut dem Eigenthümer mehr oder weniger belästigend sei, nicht sowohl auf die juristische Zulässigkeit derselben von Einfluß sein kann, als vielmehr auf die Entscheidung des Eigenthümers, ob er dieselbe bestellen will oder nicht. Hat sich der Eigenthümer einmal entschieden, die Servitut zu constituiren, und hat er dieselbe wirklich constituirt, so kann der Ausübung derselben juristisch nichts im Wege stehen.

Außer diesen beiden Rechtsgelehrten haben viele das citirte Fragment noch auf andere Art und Weise zu erklären gesucht; aber die Erklärungen sind so unzureichend, daß sie keiner ernsten Widerlegung bedürfen. Ich begnüge mich daher damit, darauf aufmerksam zu machen, daß Schrader in der citirten Schrift eine vollständige Literatur dieser mißlungenen Erklärungen geliefert hat. —

## Ueber die Felddienstbarkeiten im Besonderen.

### A. Die Wegegerechtigkeiten.

Alle Wegegerechtigkeiten, wohin außer der im Fragm. 23. §. 1. de S. P. R. erwähnten servitus navigandi — iter, via und actus gehören, haben das mit einander gemein, daß sie den Zugang zu dem herrschenden Prädium gewähren.

Iter wird in dem fragm. 1. de servit. als ein jus

eundi, ambulandi hominis definirt, d. h. als das Recht, auf dem fremden Grundstücke zu gehen und zu spazieren. Man kann nicht sagen, daß diese Definition der servitus itineris falsch ist; aber auf der andern Seite kann man auch nicht sagen, daß sie eine ganz richtige wäre. Denn einerseits kann bei Bestellung des iter ausdrücklich bestimmt sein, daß der Servitutberechtigte nur diese zwei Befugnisse ausüben kann; aber andrerseits kann die servitus itineris auch ohne diese Beschränkung bestellt werden, und dann erhält der Berechtigte auch die Befugniß, zu reiten oder sich in einer Sänfte tragen zu lassen. Ja diese beiden letzteren Befugnisse werden sogar präsumirt, wenn das Gegentheil nicht ausgemacht wurde. Bei der servitus itineris kommt aber immer die Beschränkung vor, daß der Gefahr der Bäume wegen das aufrechte Tragen einer Stange verboten ist (hastam rectam ferre).

Actus wird definirt in Fragm. 1. cit. als das jus agendi vel jumentum vel vehiculum, also als das Recht, auf dem fremden Grundstücke Vieh zu treiben und mit einem Wagen zu fahren. Es versteht sich von selbst, daß bei der Bestellung des actus nähere Modalitäten bestimmt werden können. So kann das Fahren überhaupt verboten:

Fragm. 13. de servit.

oder auf eine bestimmte Wagenart beschränkt werden:

Fragm. 4. §. 1. eod.

Soviel steht fest, daß bei der servitus actus auch die Befugniß eundi, ambulandi präsumirt wird. Aber man streitet darüber, ob das bloße Recht agendi jumentum vel vehiculum ohne iter bestellt werden kann. Mir scheint unzweifelhaft zu sein, daß eine solche Bestellung des actus möglich ist, indem ich keinen Grund zu finden vermag, weshalb dies nicht gestattet sein sollte. Ueberdies wird es in dem Fragm. 4. §. 1. si servit. vind.

„qui iter sine actu, vel *actum sine itinere* habet, actione de servitute utetur.“

von Ulpian ausdrücklich gesagt. — Zwar scheint damit auf den ersten Blick das fragm. de adim. legat.

„Qui actu legato iter adimat, nihil adimit, quia *nunquam actus sine itinere esse potest.*“

im Widerspruch zu stehen. Aber nach einer näheren Prüfung überzeugt man sich, daß sich die Sache nicht so verhält; denn die nachherige ademtio itineris, nachdem bereits der volle actus bestellt wurde, ist wegen der Untheilbarkeit der servitus actus unzulässig. Und dies ist gewiß als der einzige Grund zu betrachten, warum die ademtio itineris nicht angeht. Was die Worte „quia nunquam actus sine itinere esse potest“ anbetrifft, so ist es wohl am gerathensten, dem Beispiele Puchtas (Cr. Abhandl. Nr. 3.) zu folgen und anzunehmen, daß Paulus wohl damit den nämlichen Gedanken ausdrücken wollte, wenn ihm dabei auch freilich der Vorwurf gemacht werden muß, daß er sich sehr unklar und ungeschickt ausgedrückt hat. Viele übersetzen die Worte „quia nunquam actus sine itinere esse potest,“ um sie mit dem Fragm. 4. §. 1. si serv. vind. in Einklang zu bringen, so: weil actus ohne alles und jedes Gehen, d. h. ohne ein solches Gehen, welches mit dem Viehtreiben verbunden ist, nicht bestellt werden kann. Diese Erklärung ist aber wohl zu gezwungen.

Luden geht von dem entgegengesetzten Gesichtspunkte aus, wie alle Andern. Alle Andern suchen das Fragm. aus Paulus mit dem Fragm. des Ulpian in Einklang zu bringen. Luden sucht dagegen das Fragm. des Ulpian mit den Worten des Paulus in Uebereinstimmung zu setzen, und zu dem Behufe übersetzt er die Worte des Ulpian folgendermaßen: „daß, wenn Jemandem eingeräumt wird, er habe das jus actus, derselbe auch auf das jus itineris klagen könne.“

Die beiden genannten Wegegerechtigkeiten charakterisirt der Umstand, daß sie einen bestimmten Weg nothwendig nicht voraussetzen, sondern daß der Berechtigte

sich selbst einen beliebigen Weg über das dienende Grundstück wählen kann, wobei freilich die Beschränkung sich von selbst versteht, daß er dabei mit der allergrößten Schonung des fremden Eigenthums zu verfahren habe. Ja, es kann sogar dazu kommen, daß, wenn die Parteien sich nicht einigen können, der Weg officio judicis bestimmt wird.

Via wird definirt in dem Fragm. 1. h. als das jus eundi et agendi et ambulandi, nam et iter et actum in se via continet.

Via unterscheidet sich in 3 Punkten von dem actus:

a) darin, daß via immer einen fertigen befahrenen Weg, also eine Straße voraussetzt [44]), während beim actus dies der Fall nicht ist; und dies ist als der wichtigste Unterschied zu betrachten;

b) darin, daß via die Befugniß enthält, Steine oder Balken zu schleifen, sowie hastam reclam ferre, Befugnisse, welche die servitus actus niemals giebt; Fragm. 7. de S. P. R.

c) darin, daß via immer auch das iter enthält, was bei der servitus actus nicht nothwendig ist.

Die beiden letztern Befugnisse gründen sich eben darauf, daß die via nur an einer schon fertigen, befahrenen Straße bestellt werden kann; denn da dies der Fall ist, so erwächst für die Bäume keine Gefahr, wenn der Berechtigte die recta hasta trägt. Eben so wenig wird die Ausübung der Servitut dem Eigenthümer durch das Schleifen der Steine oder der Balken lästig, da der zum Befahren eingerichtete Weg dies ertragen kann.

Manche wollen außerdem noch darin eine Eigenthümlichkeit der servitus viæ finden, daß das bloße Gehen, wenn auch die übrigen Befugnisse nicht ausgeübt werden

---

44) In dem Fragm. eod. Fragm. 6. quemad. servit. amitt. Fragm. 13. §. 2. eod. wird gesagt, daß der Weg, wenn er in gerader Richtung (in porrectum) geht, acht, und wenn er sich biegt (in anfractum), sechszehn Fuß breit sein soll. —

sollten, den Untergang derselben durch non usus hindert, was bei der servitus actus nicht der Fall sein soll; aber diese Behauptung entbehrt jedes Grundes. Vielmehr muß man annehmen, daß das bloße Gehen auch den Untergang des actus hindert, und zwar darum, weil nur für einen theilweisen Untergang der Servitut der Grund vorhanden ist, ein theilweiser Untergang aber wegen Untheilbarkeit der Servituten unmöglich ist.

Auch die Behauptung Einiger, daß die Klagformel bei der servitus viæ ausschließlich: jus mihi esse ire agere per fundum tuum gelautet haben soll, scheint mir durch nichts bewiesen zu sein.

## B. Die Wassergerechtigkeiten.

Dahin gehören

a) aquæductus,
b) aquæhaustus,
c) pecoris ad aquam appulsus,
d) die negative Servitut, welche den Gebrauch des Wassers für das dienende Grundstück beschränkt.

Servitus aquæductus heißt diejenige Dienstbarkeit, vermöge welcher Jemand das Recht erwirbt, Wasser aus einem fremden benachbarten prædium, oder aus einem fremden Privatgewässer, welches auch ein Privatfluß sein kann, auf sein prædium mit Hülfe von Anstalten zu leiten. Nur die Beschränkung ist positiv festgesetzt, daß der Servitutberechtigte das Wasser durch steinerne Kanäle nicht leiten darf. Die servitus aquaeductus kann, wie oben schon gesagt wurde, nur aus einer viva aqua bestellt werden, welche übrigens eine quotidiana oder eine aestiva aqua sein kann, d. h. entweder ein solches Wasser, welches zu jeder Jahreszeit, oder ein solches, welches nur zur Sommerszeit benutzt wird. Die genannte Servitut kann nach dem Fragm. 1. §. 6. de aqua quot. et aest. nur

dann constituirt werden, wenn das Wasser über dem Boden fließt. Uebrigens können bei der Constituirung derselben verschiedene Modalitäten quoad mensuram et tempus bestimmt werden. Zuletzt ist zu bemerken, daß die servitus aquaeductus auch so bestellt werden kann, daß Jemand das Recht erwirbt, das Wasser von seinem praedium auf das praedium seines Nachbars abzuleiten.

Fragm. 29. de S. P. R.

Die Servitus aquaehaustus enthält die Befugniß, Wasser aus fremden Brunnen oder sonstigen fremden Gewässern zu schöpfen. Sie unterscheidet sich also darin von dem aquaeductus, daß das fremde Wasser ohne Hülfe von gebauten Röhren benutzt wird.

Die servitus pecoris ad aquam appulsus giebt das Recht, Vieh zum Behuf des Tränkens auf das fremde praedium zu treiben. Es versteht sich von selbst, daß bei der Constituirung dieser Servitut so wie der servitus aquaehaustus nähere Modalitäten bestimmt werden können.

Der negativen Wassergerechtigkeit wird nur in dem Fragm. 15. de servit. Erwähnung gethan. Ihr Inhalt besteht darin, daß der Eigenthümer zu Gunsten eines benachbarten Prädiums auf einen unbeschränkten Gebrauch des Wassers verzichtet. Es braucht nicht erst gesagt zu werden, daß mit dieser Servitut nur das höher liegende Grundstück belastet werden kann.

## C. Dienstbarkeiten, deren Inhalt in der Benutzung bestimmter, auf dem dienenden Prädium befindlicher Vorräthe besteht.

Zu dieser Gruppe sind außer den positiven Wassergerechtigkeiten zu rechnen:

a) servitus calcis coquendae,

b) servitus arenae fodiendae,
c) servitus lapidis eximendi,
d) servitus silvae caeduae und
e) servitus pascendi.

Durch die drei ersteren Servituten erwirbt man das Recht Kalk, Sand, Steine zu graben und sie zum Bedarf der auf seinem Prädium vorgenommenen Bauten zu verwenden.

Durch die servitus silvae caeduae wird das Recht erworben, Holz auf dem nachbarlichen Prädium zum Vortheil des eigenen Prädiums zu hauen.

Die servitus pascendi giebt dem Berechtigten das Recht, das zur Bebauung seiner Aecker erforderliche Vieh auf dem ländlichen Grundstücke eines Andern zu weiden.

Fragm. 3. de S. P. R.

Daß mit dieser Servitut auch ein Recht erworben werden kann, eine Hütte für den Hirten zu bauen, damit er sich dort in der Nacht während des Weidens aufhalten kann, wird in dem fragm. 6. §. 1. de S. P. R. gesagt. Schließlich ist zu bemerken, daß die genannte Servitut bei den Römern bei weitem nicht die Wichtigkeit hatte, wie dies heutzutage der Fall ist, und daß sie ihre volle Ausbildung erst in dem deutschen Privatrechte erhalten hat.

## Die Häuserdienstbarkeiten.

### Servitus oneris ferendi.

Die servitus oneris ferendi giebt dem Berechtigten die Befugniß sein Gebäude auf des Nachbars Mauer ruhen zu lassen. — Es tritt bei dieser Servitut die Eigenthümlichkeit ein, daß mit ihr als accessorischer Zusatz immer eine obligatorische Verpflichtung des jedesmaligen Eigenthümers des dienenden Prädiums verbunden ist, durch welche derselbe zur Erhaltung der Mauer in einem zur

Tragung der betreffenden Last geeigneten Zustande und respective zur Reparatur derselben verpflichtet wird.

Fragm. 6. §. 2. si serv. vind.

Die obligatio ad parietem reficiendam [45]) scheint auf den ersten Blick dem bekannten Grundsatze, wonach Jemand nur sich und seinen Universalsuccessor, nicht aber die sonstigen Nachfolger im Eigenthume verpflichten kann, zu widersprechen, weil nichts so nahe liegt, als zu glauben, daß dieselbe von dem ersten Besteller der Servitut auf jeden Nachfolger übertragen wird. Diese Annahme ist aber eine unrichtige. Die obligatio ad parietem reficiendam entsteht ipso jure in dem Moment, in welchem die Mauer, auf der das Gebäude ruht, so schadhaft geworden ist, daß sie der Reparatur bedarf, damit das Gebäude des Nachbars nicht beschädigt werde. So beruht dieselbe nicht auf dem Privatwillen der Contrahenten, nämlich des Eigenthümers und des Servitutberechtigten, sondern auf dem

45) An dieser obligatio nimmt man auch noch von einem andern Gesichtspunkte aus Anstoß. Man denkt gewöhnlich die Verpflichtung des Eigenthümers der Mauer zur Reparatur derselben als eine Ausnahme, indem man auf das fragm. 6. §. 2. si serv. vind. hinweist, wonach die Verpflichtung zur Reparatur dem Servitutberechtigten obliegt. Dieser Hinweis ist unpassend; denn es besteht zwischen der servitus oneris ferendi und zwischen den übrigen Dienstbarkeiten in Betreff der Reparatur keine Analogie. Wenn der Berechtigte zur Reparatur eines Weges verpflichtet ist, so kommt dies daher, weil der Weg als eine zur Ausübung der Servitut dienende Anstalt gilt. Da nämlich dies der Fall ist, so konnte der Eigenthümer zur Reparatur nicht angehalten werden, indem derselbe zwar alle zur Ausübung der Servitut nöthigen Mittel dem Berechtigten gewähren, aber nicht für deren Errichtung und Erhaltung selbst zu sorgen hat. Ganz anders verhält sich die Sache mit der Pflicht zur Reparatur der Mauer. Die Verpflichtung des Eigenthümers zur Reparatur derselben, mag sie auch etwas, Ungewöhnliches haben, läßt sich wenigstens erklären. Eine Verpflichtung aber des Berechtigten ad parietem reficiendam wäre unter allen Umständen eine unerklärliche Anomalie; denn es kann Niemand zur Reparatur einer im fremden Eigenthum befindlichen Sache verpflichtet werden. —

Willen des Gesetzes, welches überhaupt einen Jeden zur Reparatur des Gebäudes oder zur Cautionsleistung (nämlich zur cautio damni infecti) verpflichtet, wenn dasselbe durch seinen Einsturz dem Nachbar einen Schaden zu bringen droht. Und nur das Besondere tritt bei derselben ein:

a) daß sie, während sie sonst nur zum Schutze derjenigen Nachbarrechte dient, welche unabhängig von dem Privatwillen der Nachbarn entstanden sind, bei der servitus oneris ferendi ein durch den Privatwillen begründetes Nachbarverhältniß schützt;

b) daß auf die Realisirung derselben resp. auf die Reparatur der Mauer mit der actio confessoria geklagt wird;

Fragm. 8. §. 2. eod.

Indessen ist diese Klage als eine eigentliche Servitutenklage nicht anzusehen. Daß sie von der eigentlichen Servitutenklage verschieden ist, zeigt sich daraus, daß sie gegen Mehrere nicht in solidum, wie die eigentliche Servitutenklage, sondern pro rata parte activ und passiv geht.

Die hier versuchte rechtliche Begründung der obligatio ad parietem reficiendam stimmt in den wesentlichen Punkten mit der Erörterung Mühlenbruch's (Cr. Archiv Bd. 14 S. 321.) überein. Luden hat die Mühlenbruch'sche Entwickelung durch einen Einwand, welcher auch die hier vertheidigte Meinung mit trifft, zu widerlegen gesucht. Er meint nämlich: die obligatio ad parietem reficiendam könne nicht aus dem Satze, wonach der Eigenthümer eines baufälligen Gebäudes zu dessen Reparatur oder zur Cautionsleistung verpflichtet ist, abgeleitet werden, weil das Haus für die Mauer eben so gefährlich werden könne, als die Mauer für das Haus, weil also sonst auch der Eigenthümer der Mauer nach demselben Grundsatze von seinem Nachbar die Verminderung der Last des Gebäudes hätte verlangen können.

Der Einwand Ludens ist von keinem Belange; denn das durch die servitus oneris ferendi begründete Nachbarverhältniß giebt dem Servitutberechtigten die Befugniß, sein Gebäude auf des Nachbars Mauer ruhen zu lassen und daher kann demselben die Verpflichtung, die Last des Gebäudes zu vermindern, nicht auferlegt werden, weil sonst das genannte Nachbarverhältniß, das geschützt werden soll, geradezu lädirt worden wäre.

Da die obligatio ad parietem reficiendam ein accessorischer Zusatz der servitus oneris ferendi ist, so folgt von selbst, daß dieselbe mit der Erlöschung der Servitut untergehen muß.

Der Beklagte hat die freie Wahl, ob er die Wand repariren oder caviren will, daß er bauen wolle, auch weder er, noch sein Erbe (das Wort successores ist nämlich ganz gewiß nur auf einen Universalsuccessor zu beziehen) dem Berechtigten wehren werden, die dienende Mauer zu belasten.

Fragm. 7. si serv. vind.

Wenn der Beklagte weder reparirt noch cavirt, so kann der Kläger den Schadensersatz fordern, dessen Höhe durch ein jusjurandum in litem bestimmt wird.

Wenn die Reparatur der Mauer auf eine solche Art geschehen ist, daß daraus für die Servitut ein Nachtheil zu befürchten ist, so kann der Inhaber der servitus oneris ferendi das opus novum nunziiren. Während der Reparatur der Mauer ist der dienende Eigenthümer nicht verpflichtet, das Haus des Nachbars zu stützen, vielmehr muß dieser selbst dafür sorgen.

Fragm. 8. cod.

Aber auch zu repariren ist der dienende Eigenthümer nicht absolut verpflichtet, denn er kann die Mauer derelinquiren und auf diese Weise der Verpflichtung zur Reparatur entgehen.

Fragm. 6. §. 2. in fine, si serv. vind.

## Servitus tigni immittendi.

Die servitus tigni immittendi giebt dem Berechtigten die Befugniß, einzelne Balken oder einzelne Steine in des Nachbars Gebäude einzulassen. Dadurch eben, daß es nur einzelne Balken des Gebäudes sind, welche gestützt werden, unterscheidet sich diese Servitut von der servitus oneris ferendi, bei welcher letzteren der Servitutinhaber die Befugniß hat, das ganze Gebäude auf der fremden Mauer ruhen zu lassen. Bei der servitus tigni immittendi kommt die obligatorische Verpflichtung zur Reparatur des Gebäudes nicht vor. —

## Servitus projiciendi und protegendi.

Durch die servitus projiciendi erwirbt der Servitutberechtigte das Recht, jede Art in den fremden Luftraum hinüberragenden Balkons an sein Gebäude anzubauen. Diese Servitut unterscheidet sich darin von der servitus tigni immittendi, daß bei der letztern der Eingriff in den Umkreis einer fremden Sache an der Sache selbst geschieht, während derselbe bei der erstern über der Sache, also in dem freien Luftraume der Sache stattfindet.

Fragm. 242. §. 1. — „Inter projectum et immissum hoc interesse ait Labeo, quod projectum esset id, quod ita proveherelur, ut *nusquam requiesceret* (also so, daß der Balkon in der Luft frei schwebt und nicht an der fremden Sache gestützt wird) qualia moeniana et suggrunda essent, immissum autem, quod ita fieret, *ut aliquo loco requiesceret*, veluti tigna trabes, quae immitterentur.“

Wird die genannte Servitut speciell zu dem Zwecke bestellt, um dem herrschenden Gebäude einen Schutz zu gewähren, so heißt sie servitus protegendi. —

## Servitus luminum.

Fragm. 4. de S. P. U. „Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Quum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino, invitis nobis altius aedificare atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.“ —

Dies ist das einzige uns bekannte Fragment, welches die servitus luminum näher definirt, wenn man der oft besprochenen Stelle in Gaj. Epit. II. 1. §. 3, welche offenbar aus der Feder der Westgothischen Bearbeiter kommt, den Charakter der Legalität abspricht. Und da dieses in unklaren Worten über die genannte Servitut redet, so ist gar nicht zu verwundern, daß die mannichfachsten Ansichten über die Natur derselben von den Rechtsgelehrten aufgestellt wurden. Das betreffende Fragment, wenn man es paraphrasirt, enthält folgenden Sinn: Durch die servitus luminum erwirbt man die Befugniß, den fremden Luftraum zu benutzen (die Worte: ut vicinus lumina nostra excipiat beziehen sich offenbar auf den dominus rei dominantis, nicht aber auf den dominus rei servientis. Auf den dominus rei servientis beziehen sie sich darum nicht, weil sie sonst keinen vernünftigen Sinn haben möchten, man müßte denn die servitus luminum entweder für eine Schattendienstbarkeit halten, wie dies Feuerbach wirklich thut, oder für eine solche Servitut, wonach sich der Eigenthümer die von der hellen Wand des herrschenden Gebäudes zurückprallenden Sonnenstrahlen gefallen lassen muß). Durch die servitus ne luminibus officiatur erwirbt man dagegen die negative Befugniß, dem Nachbar die Vornahme solcher Handlungen zu verbieten, wodurch unser freier Lichtraum verdunkelt wird.

So viel scheint mir außer allem Zweifel zu sein,

a) daß die servitus luminum eine positive Servitut ist, während die servitus ne luminibus officiatur negativ ist, oder mit andern Worten, daß durch diese Servitut der Berechtigte die Befugniß, etwas zu thun, erwirbt;

b) daß die positive Handlung, welche der Berechtigte vorzunehmen befugt ist, die Erhellung seines Gebäudes bezwecken muß;

c) daß diese Servitut dem Berechtigten die Befugniß giebt, solche positive Handlungen vorzunehmen, welche auf irgend eine Weise einen Eingriff in das fremde Eigenthum enthalten, zu deren Vornahme er also kraft des bloßen Eigenthumsrechts nicht befugt ist.

Das unter a) Gesagte ergiebt sich aus dem citirten Fragmente, und ich begreife nicht, wie Griesinger [46]) in seiner Schrift de servitute luminum und Reinhardt in den Ergänzungen zu Glück III. S. 283 behaupten konnten, daß diese Servitut eben so negativ ist, wie die servitus ne lnminibus officiatur.

Das unter b) Gesagte ergiebt sich aus dem Namen der Sevitut, und nichts klingt so wunderlich, wie die Behauptung Feuerbachs, welcher diese Servitut in seinen civ. Vers. Abhandl. I. trotzdem für eine Art Schattendienstbarkeit hält, welche dem Eigenthümer des dienenden Gebäudes die Verpflichtung auferlegen

---

46) Griesinger findet folgenden Gradunterschied zwischen der servitus luminum und der servitus ne luminibus officiatur, daß der Nachbar bei der ersteren das nöthige Licht nicht entziehen dürfe, während derselbe bei der letzteren kein Licht überhaupt, also nicht einmal das überflüssige entziehen könne. Reinhardt hält die servitus luminum für eine solche Dienstbarkeit, „wonach der Eigenthümer des dienenden Guts durchaus nichts thun darf, wodurch das Tageslicht des herrschenden Gebäudes vermindert wird“: Unter der servitus ne luminibus officiatur versteht er eine solche Dienstbarkeit, wonach „der Eigenthümer des dienenden Guts durchaus nichts unternehmen darf, wodurch das Tageslicht des herrschenden Gebäudes mehr als vorher beschränkt wird.“

solle, das Licht von dem benachbarten Gebäude abzuhalten.

Das unter c) Erwähnte folgt von selbst aus dem Umstande, daß nur solche Befugnisse als Servitut erworben werden können, welche außerhalb des Kreises der Eigenthumsbefugnisse liegen. Dies ist freilich dem Cujacius, Obs. 1. 31, Duaren, Disput. annivers. I. 33, und Luden entgangen, indem diese Rechtsgelehrte unter der servitus luminum diejenige Servitut verstehen, wodurch Jemand das Recht erwirbt, Fenster in der eigenen Wand nach des Nachbars Grundstück hin anzulegen.

So ist unter der servitus luminum eine solche Dienstbarkeit zu denken, welche dem Berechtigten die Befugniß giebt, sein Gebäude durch die Anlegung von wirklichen Fenstern oder von anderen Lichtöffnungen in der fremden oder in der gemeinschaftlichen Wand zu erhellen.

Viele Rechtsgelehrte finden die Behauptung bedenklich, daß durch die servitus luminum ein Recht auf die Anlegung von Fenstern in der gemeinschaftichen Wand erworben werden könne, indem sie davon ausgehen, daß Niemand eine Servitut zum Vortheil der eigenen Sache an der gemeinschaftlichen Sache bestellen kann. Schrader giebt zwar zu (Abhandl. V. S. 296.), daß eine servitus luminum des Inhalts constituirt werden kann, aber er sieht hierin eine Ausnahme von jenem Satze. Ich glaube, daß man sich an dies Bedenken nicht stoßen müsse, indem man davon, wie Vangerow richtig hervorgehoben hat, ausgehen müsse, daß die Wand, welche an der Grenze der beiden praedia liegt, res communis im streng juristischen Sinne des Worts nicht ist, daß die beiden Nachbarn kein condominium pro indiviso an derselben haben, sondern vielmehr ein dominium pro diviso, daß dieselbe mit andern Worten nur e regione cujusque finium utriusque est. Zu dieser Annahme ist man durch

die Analogie eines andern ganz ähnlichen Falles berechtigt, nämlich durch die Analogie eines auf der Grenze stehenden Baumes, oder eines auf der Grenze befindlichen großen Steines. Denn an diesen Gegenständen hat jeder der Nachbarn nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen ein dominium pro diviso.

Fragm. 19. comm. divid.

Zwischen dem Rechte, Fenster in der eigenen Wand und dem Rechte, dieselben in einer fremden Wand einzurichten, besteht, wie Hoffmann sehr richtig bemerkt, ganz das nämliche Verhältniß wie zwischen der servitus projiciendi und tigni immittendi. —

Es entsteht jetzt die Frage über das Verhältniß der servitus luminum, der servitus luminis immittendi und der servitus fenestrarum zu einander. Ich glaube, daß die servitus luminis immittendi sich durch nichts von der servitus luminum unterscheidet. Zwischen der servitus luminum aber und der servitus fenestrarum findet ein ähnliches Verhältniß statt, wie zwischen der servitus projiciendi und protegendi. Die servitus fenestrarum scheint mir ein specieller Name zu sein für die servitus luminum, wenn dieselbe die Befugniß giebt, wirkliche Fenster in der Wand anzulegen, nicht aber eine bloße Lichtöffnung durchzubrechen.

Zu allerletzt will ich einige bis jetzt noch nicht von mir erwähnte Ansichten der Rechtsgelehrten nennen.

Stever hat in seiner Schrift de servitutibus die genannte Servitut für eine solche, wodurch die Anlegung von Fenstern in der eigenen Wand in dem speciellen Falle gestattet wird, wenn die gesetzlichen Zwischenräume zwischen zwei Gebäuden nicht eingehalten seien, indem er davon ausgeht, daß der Nachbar in diesem Falle die Anlegung der Fenster innerhalb des gesetzlichen ambitus verbieten dürfe. Mir scheint es höchst willkürlich zu sein, die servitus luminum für diesen einzigen abnormen —

und gewiß ist dies etwas Anomales, wenn die gesetzlichen Zwischenräume nicht eingehalten werden — und gewiß sehr selten vorkommenden Fall zu beschränken. Es ist nicht einzusehen, warum durch die servitus luminum nicht auch die Befugniß, Fenster in einer fremden Wand anzulegen, erworben werden könnte.

Goldschmidt im civilr. Archiv V. 18. ist der Meinung, daß die servitus luminum ein generischer Name für Lichtgerechtigkeiten überhaupt sei, welcher alle Unterarten, von denen die servitus ne luminibus officiatur am weitesten geht, umfaßt. Diese Auffassungsweise ist nur theilweise richtig, denn die servitus luminum ist nicht ein genereller Name für alle Lichtgerechtigkeiten überhaupt, als da sind: servitus luminibus immittendi, servitus prospectus, servitus fenestrarum, servitus ne luminibus officiatur, sondern nur für eine einzelne Unterart, nämlich für die servitus fenestrarum. Daß der Name servitus luminum die servitus ne luminibus officiatur nicht umfaßt, ergiebt sich aus den Worten des Fragm. 4. de S. P. U.

Ueberhaupt steht die Art und Weise, wie Goldschmidt dieses Fragment interpretirt, mit seiner Meinung in Widerspruch. Denn wenn dieses Fragment den Sinn hat, welchen Goldschmidt in ihm finden will, nämlich den Sinn: „durch jede servitus luminum erlange man dies, daß der Nachbar unsere Lichtöffnung dulden müsse, durch die servitus ne luminibus officiatur aber insbesondere das Recht, den Nachbar an der Vornahme solcher Handlungen zu hindern, wodurch unser Lichtraum verdunkelt werde," so folgt von selbst, daß die servitus luminum kein genereller Name für die servitus ne luminibus officiatur sein kann. Denn da durch die servitus luminum die Befugniß erworben wird, den Nachbar zu zwingen, daß er eine fremde Lichtöffnung dulde, so kann dieselbe die servitus ne luminibus officiatur nicht umfassen, indem durch die letztere nicht die Duldung der Licht-

öffnung von Seiten des dienenden Eigenthümers, sondern vielmehr die Befugniß, denselben an der Vornahme bestimmter positiver Handlungen zu hindern, erworben wird. —

## Servitus fumi immittendi.

So viel steht im Allgemeinen fest, daß die servitus fumi immittendi nur in denjenigen Fällen möglicherweise erworben werden kann, wo der Rauch vermöge des bloßen Eigenthumsrechts auf des Nachbars praedium nicht immittirt werden darf. Aber es frägt sich, in welchen konkreten Fällen dies nicht möglich ist? Eine Antwort darauf giebt das Fragm. 8. si serv. red. §. 5. §. 6. §. 7.

Aus diesem Fragmente geht Folgendes hervor: der Eigenthümer darf, kraft seines Eigenthumsrechts, den Rauch in den Fällen auf das praedium seines Nachbars immittiren, in welchen die Immission desselben als eine Folge des gewöhnlichen Lebens erscheint, also in den Fällen, wo der Rauch durch die Heizung der Oefen, oder durch die Bereitung der Speisen erzeugt wird. Dagegen ist der Eigenthümer nicht berechtigt, kraft des bloßen Eigenthumsrechts den Rauch auf das Grundstück des Nachbars zu immittiren, wenn derselbe in Folge einer außergewöhnlichen Benutzung entsteht, also wenn er durch Räucherungsanstalten oder durch Anlegung einer Badeanstalt hervorgebracht wird. In dem letzteren Falle muß also der Eigenthümer die servitus fumi immittendi erwerben.

Schließlich ist der Begriff einer gewöhnlichen und außergewöhnlichen Benutzung näher zu entwickeln. Unter den Begriff der außergewöhnlichen Benutzung fällt Alles, was den Kreis der gewöhnlichen Lebensweise im Allgemeinen, und ohne Berücksichtigung eines besonderen Gewerbes, oder einer besonderen Thätigkeit überschreitet.

So hat sich also der Nachbar solcher Handlungen zu enthalten, wodurch widrige Ausflüsse z. B. Wasser, Abfall eines Materials, Dämpfe, Rauch, Staub, überhaupt etwas Körperliches auf das Grundstück eines Anderen hinübergeführt wird. Ob aber auch die Vornahme solcher Handlungen nicht gestattet ist, wodurch nur die Sinne des Nachbars auf eine unangenehme Weise affizirt werden, kann gefragt werden? Ich glaube, daß in diesem Falle dem Nachbar kein Verhinderungsrecht zukommt. Dies stimmt auch mit den Quellen überein. So kann der Nachbar nach dem Fragm. 17. si serv. vind. die Anlegung von Mistgruben nur dann verbieten, wenn seine Wand anfault. Confer. darüber vorzüglich Spangenberg Arch. f. Cv. Pr. B. 9. S. 265.

## Servitus cloacae.

Giebt das Recht, die Unreinlichkeiten vermöge eines Kanals aus dem herrschenden auf das dienende praedium zu leiten.

## Servitus latrinae.

Giebt das Recht, einen Abtritt an des Nachbars Wand anzubauen.

## Servitus stillicidii recipiendi.

Giebt das Recht zu fordern, daß der Nachbar das von dem herrschende Gebäude abfließende Regenwasser aufnehme.

## Sevitus stillicidii non recipiendi

kann doppelter Art sein:

a) sie kann das Recht geben, wonach man weniger Regenwasser aufzunehmen brauche, als man vermöge der servitus stillicidii recipiendi verpflichtet ist;

b) sie kann aber auch das Recht geben, zu fordern, daß der Nachbar mir erlaube, sein Regenwasser auf-

zunehmen. Dies wird natürlich dann eintreten, wenn das fremde Regenwasser — was unter Umständen möglich ist — Vortheile gewährt.

## Servitus ne luminibus officiatur.

Giebt das Recht zu fordern, daß der Nachbar den Lichtkreis unseres Gebäudes nicht verdunkle, weder durch Höherbauen seines Gebäudes, noch durch Pflanzen der Bäume u. s. w. Unter Umständen kann durch diese Servitut ein Recht erworben werden zu fordern, daß der Nachbar sein Gebäude erniedrige.

## Servitus luminibus officiendi.

Setzt immer die servitus ne luminibus officiatur voraus, und sie giebt das Recht, den Lichtkreis eines fremden Gebäudes in einem größeren Maaße zu verdunkeln, als man wegen der servitus ne luminibus officiatur verdunkeln kann. Aber andererseits kann der Inhaber der servitus luminibus officiendi das fremde Gebäude nicht in dem Umfange verdunkeln, als ihm dies kraft seines Eigenthumsrechts, falls dessen Freiheit unbeschränkt geblieben wäre, gestattet sein möchte.

## Servitus ne prospectus officiatur.

Giebt das Recht, von dem Nachbar zu fordern, daß er dem herrschenden Gebäude die Aussicht nicht entziehe. Diese Servitut geht also weiter wie die servitus ne luminibus officiatur.

## Servitus altius non tollendi.

Giebt das Recht, dem Nachbar das Höherbauen seines Gebäudes zu verbieten. Sie geht theils weiter, theils nicht so weit wie die servitus ne luminibus officiatur. Weiter geht sie insofern, als sie weitere Zwecke als die Nichtentziehung des Lichts bezweckt. Nicht so weit

geht sie insofern, als das Licht, noch auf andere Weise, wie durch das Höherbauen entzogen werden kann.

### Servitus altius tollendi.

Setzt die servitus altius non tollendi voraus, und giebt das Recht sein Gebäude höher zu bauen, als man wegen der servitus altius non tollendi bauen darf. Aber auf der anderen Seite wird durch diese Servitut das Recht nicht erworben, bis zu der gesetzlich erlaubten Höhe zu bauen, also bis zu der Höhe, zu welcher man kraft seines Eigenthumsrechts bauen darf. —

## Die Personalservituten.

### A. Der ususfructus.

#### Begriff des ususfructus. [47]

Der Begriffsunterschied des ususfructus im Allgemeinen von den eigentlichen Servituten ist schon oben entwickelt worden. Hier gilt es den speziellen Unterschied des ususfructus von dem usus zu erörtern. Derselbe unterscheidet sich nicht dadurch von dem usus, daß er auf den Fruchterwerb gerichtet ist, wie man wohl auf den ersten Blick, durch den Namen verleitet, zu glauben geneigt sein könnte, denn der Usuar kann nach Umständen auch auf den Fruchterwerb ein Recht haben. Der Unterschied besteht vielmehr darin, daß der Usuar nur diejenigen Früchte erwerben kann, welche er in seinem Haushalte verbraucht, während der Usufructuar alle Früchte, welche die Sache erzeugt, erwirbt.

---

47) Wenn ich hier von ususfructus spreche, so nehme ich das Wort in der streng juristischen Bedeutung. Es kommen freilich auch Fälle vor, wo das Wort ususfructus in dem strengen präcisen Sinne nicht gebraucht wird; dies ist z. B. in dem fragm. 1. de usu et usu fr. legato der Fall.

Man kann den Unterschied auch so angeben: der Usufructuar unterscheide sich darin von dem Usuar, daß der Letztere falls die Sache eine fruchttragende ist, nur die fructus naturales erwirbt, und zwar so weit er sie zu verbrauchen im Stande ist, während der Erstere, auch die fructus civiles erwerben kann.

## Kann es einen fructus sine usu geben? [48])

Meiner Ueberzeugung nach ist diese Frage im Allgemeinen gar nicht zu beantworten; es muß zuerst ein Unterschied gemacht werden zwischen dem usus fruendi causa, der als Mittel zur Erzeugung der natürlichen Früchte, also als Mittel zur Ausübung des fructus dient, und zwischen dem usus, der neben dem fructus als eine selbstständige Servitut gedacht werden kann. Ein fructus nun sine usu fruendi causa ist unmöglich, weil ohne diesen der Zweck des fructus nicht erreicht werden kann. [49]) Wie wäre die Bestellung eines fructus an einem fruchttragenden Grundstücke denkbar, wenn man dem Fructuar verbieten sollte, z. B. die Aecker zu bebauen?

Was die Trennung des andern usus von dem fructus anbetrifft, so glaube ich, daß sich hier die Sache eben so verhält, wie mit der Trennung der Eigenthumsbefugnisse von der proprietas, daß also die Trennung desselben von dem fructus nur unter denselben Umständen und Bedingungen möglich ist, wie die Trennung der jura dominii von der proprietas, nämlich nur so, daß die Trennung als eine temporäre Suspension des vollen ususfructus gilt.

So kann wohl der usus von dem fructus nur in zwei Fällen getrennt werden:

---

48) Diese Frage wird — wie es sich übrigens von selbst versteht — nur dann möglich sein, wenn die fremde Sache, auf welcher die Servitut lastet, natürliche Früchte trägt. —

49) Daraus erklärt sich auch, warum von einem nudus fructus nie die Rede sein kann, wohl aber von einem nudus usus.

a) wenn ein Anderer vor der Bestellung des fructus den usus erworben hat;

b) wenn der Eigenthümer zwar den vollen ususfructus bestellt, aber die Ausübung des usus bis zu einem bestimmten Zeitpunkt hinausschiebt; weil nur in den zwei Fällen die Trennung des usus von dem fructus als eine temporäre Suspension des vollen usus fructus gedacht werden kann. Wenden wir uns nun zu den Quellen, so lassen sich dieselben, wenn man den so eben entwickelten Gesichtspunkt festhält, mit einander in Einklang bringen. Es ist nämlich anzunehmen, daß das fragm. 14. §. 1. de usu [50]) und Pauli rec. sent. III. 6. und 24. von der gänzlichen Trennung des usus von dem ususfructus sprechen, die eben so wenig, wie die gänzliche Trennung einzelner Eigenthumsbefugnisse von der proprietas zulässig ist. Die Fragmente dagegen 14. §. 3. de usu eod. [51]) reden, wie es anzunehmen ist, von der temporären Suspension des vollen ususfructus. Es bleibt übrig, noch ein Paar Worte über

---

50) Die weitere Behauptung des Pomponius, wonach auch dann das ganze Legat ungültig wird, wenn der fructus adimirt wurde, verwirft Ulpian mit Recht, denn da der nudus usus bestellt werden kann, so ist anzunehmen, der Testator habe den fructus in der Absicht adimirt, um dem Legatar den nudus usus zu legiren.

51) Wenn Pomponius von einer Concurrenz des fructuars und des usuars bei der Ausübung des usus spricht, so drückt er sich nicht genau aus, denn der usuar übt einen andern usus wie der fructuar aus; der fructuar hat den usus fruendi causa, der als Mittel zur Ausübung des fructus gilt, der usuar hat den anderen usus, welcher in diesem Falle auf den Gebrauch der Sache sensu stricto beschränkt ist. Uebrigens kann von einer Concurrenz Mehrerer bei der Ausübung des usus schon darum keine Rede sein, weil der usus untheilbar ist. Cf. auch das fragm. 10. §. 4. eod.

„si usus fundi relictus est minus utique esse, quam si fructum longeque nemo dubitat. Sed quid in ea causa sit videndum. Et Labeo ait habitare eum posse in fundo dominumque prohibiturum illo venire sed colonum non prohibiturum nec familiam quae agri colendi causa illic sit," und zwar gewiß aus dem Grunde, weil sonst der fructus nicht ausgeübt werden könnte. —

as sehr bestrittene Fragment 13. §. 3. de accept. [52]) zu sagen. Der Sinn desselben ist folgender: Wenn Jemand seinen debitor durch Acceptilation des usus von der Bestellung desselben liberirt, so komme Alles darauf an, ob er dabei im Irrthum war oder nicht. Hat er den usus in der irrigen Meinung acceptirt, daß der Schuldner sich zur Bestellung des bloßen usus verpflichtet hat, so ist die Acceptilation wegen dieses Irrthums ungültig. Wußte er aber, daß der ususfructus in obligatione war, so soll die Acceptilation gültig sein. Denn da der usus sine fructu bestellt werden kann, so muß auch die Acceptilation des bloßen usus, da sie als dessen Bestellung fingirt wird, zulässig sein. Es entsteht die Frage, ob die nach der Acceptilation des usus übrig gebliebene obligatio ad fructum constituendum gültig ist, ob also der Creditor aus derselben auf die Bestellung des bloßen fructus klagen kann. Ich glaube, daß dadurch auch die obligatio ad fructum constituendum erlösche, da deren Fortdauer möglicherweise nur auf folgendem sehr subtilen Grunde beruhen könnte: da die Acceptilation des usus (cf. das Fragm. eod. „velut solvisse videtur, qui acceptilatione solutus est“) als fingirte Bestellung desselben gilt, und da die Bestellung des fructus unbedenklich dann zulässig ist, wenn der Erwerbende früher schon den usus erworben hatte, so muß auch die Klage ad fructum constituendum zulässig sein, weil fingirt werde, daß der usus schon bestellt wurde. —

Vangerow stellt darüber eine sehr unbestimmte Ansicht auf. Er sagt nämlich: ein fructus cum usu sei die

---

52) Cujacius nimmt an den Worten: „quum possit usus sine fructu constitui“ Anstoß und schlägt in seinen Obs. XIII. 12. folgende Emendation vor: „quum possit fructus sine usu constitui.“ Puchta schlägt in seinen Institutionen S. 766. Not. r. die Emendation vor, daß die Worte „quum possit usus sine fructu constitui“ hinter „debito“ gesetzt würden. Diese beiden Emendationen scheinen mir unnöthig zu sein, indem das fragm. auch ohne dieselben einen guten Sinn giebt.



Bayerische Staatsbibliothek München

Regel, fructus sine usu die Ausnahme. Dann modifizirt er seine Behauptung und meint, der fructus sine usu sei eine wahre Ausnahme doch nicht, indem der Fructuar stets einen gewissen usus, nämlich den usus fruendi causa haben wird. Ich glaube, daß weder das Eine noch das Andere als Regel angesehen werden kann. Die Regel ist vielmehr die, daß es einen fructus sine usu fruendi causa nicht geben kann, daß dagegen ein fructus ohne den andern usus unter Umständen möglich ist. Von dieser Regel giebt es keine Ausnahme.

Wenn man den Gesichtspunkt festhält, daß die Trennung des usus von dem ususfructus als eine temporäre Suspension des vollen ususfructus zu betrachten ist, so beantwortet sich die weitere Frage von selbst, ob, wenn der Usuar vor dem Usufructuar verstirbt oder sonst wie den usus verliert, der usus zur Proprietät oder zum ususfructus zurückkehrt. Es versteht sich von selbst, daß er an den fructus zurückfallen muß.

## Ueber die Rechte des Usufructuars im Allgemeinen.

Der Usufructuar hat das vollständige Gebrauchsrecht an der Sache, und das volle Recht auf den Fruchterwerb, ganz einerlei, ob es naturales oder civiles fructus sind. Auch diejenigen Rechtsmittel, welche ihrem ursprünglichen Zwecke nach zum Schutze des nachbarlichen Eigenthumes dienen, nämlich die cautio damni infecti und die operis novi nunciatio kann er gebrauchen. Ueberhaupt unterscheidet sich der ususfructus in Hinsicht auf den Umfang der in ihm enthaltenen Gebrauchsrechte nur in folgender Hinsicht von dem Eigenthume:

a) daß der Usufructuar die Sache nicht verbrauchen kann. Dies wird ausgedrückt in den Worten „ususfructus est jus rebus alienis utendi fruendi salva rerum sub-

Bayerische Staatsbibliothek München

stantia. Dieser Satz muß aber nicht auf die Spitze getrieben werden, denn er bedeutet nicht, daß der Usufructuar die Sache überhaupt nicht gebrauchen kann, also auch dann nicht, wenn dieselbe ihrer Bestimmung nach auf eine solche Weise benutzt wird, daß die Gefahr des Untergangs dabei vorhanden ist. Er enthält vielmehr die Forderung, daß die Sache beim Gebrauche weder durch dolus, noch durch culpa des Usufructuars untergehe. Darum kann der Usufructuar ein legirtes Schiff zur Schifffahrt benutzen, wiewohl bei jeder Schifffahrt die Gefahr des naufragium's drohet.

Fragm. 12. §. 1. de usufr. et quemadm. quis utatur. Madai Cr. Archiv, Bd. 15. S. 339. denkt sich die Sache so, daß in dem Gebot, die Sache salva rerum substantia zu gebrauchen, nicht die Forderung enthalten sei, daß man sich eines solchen Gebrauches enthalten müsse, wodurch die natürliche Existenz der Sache gefährdet wird, sondern die Forderung, daß man die Sache gerade so zu gebrauchen habe, wie sie der Eigenthümer gebraucht hatte [53]). Daß diese Meinung eine unrichtige ist, leuchtet von selbst ein. —

---

[53]) Um diese Behauptung zu erweisen, schlägt Madai folgenden Weg ein. Er sagt, da der Usufructuar

a) Schiffe zur Seereise gebrauchen kann, wiewohl dabei die Gefahr des Schiffbruchs möglich ist, so folge von selbst, daß der Begriff der Substanz von der rein materiellen Seite nicht aufgefaßt werden kann. Dasselbe ergebe sich

b) daraus, daß der Fructuar einen Sclaven, den der Eigenthümer als Secretair gebrauchte, zu Handarbeiten nicht verwenden darf, wiewohl dadurch dessen Substanz nicht geändert wird;

c) daraus, daß der Fructuar neue Bergwerke anlegen kann, wiewohl die Substanz des Grundstücks gefährdet wird;

d) daraus, daß die Vermiethung eines Bodens, den der Eigenthümer für sich zu gebrauchen pflegte, unzulässig ist, wenn auch die Substanz unversehrt bleibt;

e) daraus, daß der Ususfructus erlischt, wenn der Usufructuar auf einer area ein aedificium erbaut hat, wiewohl dadurch die Substanz der Sache nicht untergegangen ist.

Dagegen ist Folgendes zu sagen:

Ueberhaupt kann es auf die Benutzungsweise des Eigenthümers gar nicht ankommen, wie sich dies am besten daraus ergiebt, daß sich aus einer solchen Annahme an sich sehr unwahrscheinliche Folgerungen ergeben würden. Es würde nämlich daraus folgen, daß

α) der Usufructuar eine Sache, die der Eigenthümer noch nicht benutzte, ebenfalls nicht gebrauchen kann, und man müßte dann, sowie es Madai gethan hat, den Satz, wonach der Nutznießer eine vom Eigenthümer unbenutzte Sache benutzen darf, als eine Singularität erklären, die in den Billigkeitsrücksichten ihren Grund habe;

β) müßte man den Nutznießer zu einem der Natur der Sache widersprechenden Gebrauche anhalten, wenn der Eigenthümer sie auf eine ungeeignete Art benutzt hatte. Die Sache ist die, daß man unterscheiden muß, zwischen der bestimmten Bestimmung, welche die Sache hat, und zwischen der bestimmten Art und Weise, wie der Eigenthümer dieselbe gebraucht. Der Usufructuar muß die Sache ihrer Bestimmung gemäß benutzen, aber er ist nicht verpflichtet, sie auf dieselbe Art und Weise zu gebrauchen, wie der Eigenthümer es thut, falls dieser einen schlechten Gebrauch von der Sache macht.

b) unterscheidet sich der ususfructus darin von dem

---

ad a) wenn der Usufructuar Schiffe zur Seereise gebrauchen kann, so geschieht dies darum, weil die Schiffe ihrer Bestimmung nach zur Seereise dienen.

ad b) c) d) e) ist zu sagen, daß Madai zwei verschiedene Begriffe verwechselt; nämlich das Requisit die Sache salva rerum substantia zu gebrauchen mit dem Requisit, die besondere Bestimmung der Sache nicht zu ändern. Sehr deutlich zeigt sich diese Verwechselung auf der S. 336, wo Madai sagt: „wenn Hagemeister frägt: bleibt nicht das Grundstück immer ein Grundstück, wenn auch auf demselben, statt eines Weinberges ein Bergwerk angelegt wird? so kann man hierauf antworten, ob etwa der Weinberg Weinberg bleibe — denn die Bestimmung des Ackers, als Weinberg zu dienen, ist die substantia — wenn aus dem Weinberge ein Bergwerk gemacht wird?"

Eigenthume, daß der Usufructuar die Sache nicht verschlechtern darf[54]).

Fragm. 13. §. 4. de usufr. et quemadm. quis utat.

c) Daß er die besondere Bestimmung der Sache, einerlei, ob sie dieselbe von Natur, oder durch den Willen des Eigenthümers erhalten hat, nicht ändern darf, oder, wie es technisch heißt, daß er die Sache secundum conditionem gebrauchen muß[55]).

---

54) Das Requisit, die Sache nicht zu verschlechtern, geht weiter, als das Requisit, sie salva rerum substantia zu gebrauchen. Dies zeigt sich am deutlichsten bei denjenigen Sachen, welche nicht in einem Zeitraum von einem Jahre Früchte erzeugen, sondern in einem längern Zeitraume. Man nehme z. B. den Wald. Das erste Requisit enthält die Forderung, den Wald so zu benutzen, daß der innere Werth desselben nicht verändert wird, daß also der Holzschlag in einem entsprechenden Verhältniß zu dem Nachwuchs stehe. Das letztere Requisit dagegen enthält nur die Forderung, daß der Wald Wald bleibe, daß also soviel Bäume zurückbleiben, als der Begriff des Waldes es fordert.

55) So darf er nicht Sklaven, welche zu einem bestimmten Dienste von dem Eigenthümer bestimmt sind, zu ganz andern Diensten gebrauchen,

Fragm. 15. §. 4. eod.

So darf er nicht Lustgärten in Fruchtgärten umwandeln.

Fragm. 13. §. 4. eod.

Hier ist der Ort, die Controverse zu erörtern über das Verhältniß des eben citirten Fragments mit den letzten Worten des gleich darauf folgenden §. 5. eod., die so lauten:

„Et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit, quam in vineis vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt forsitan etiam haec dejicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem.“

Es ist nicht zu läugnen, daß beide Fragmente im Widerspruch mit einander zu sein scheinen, denn während in dem ersten Fragmente dem Usufructuar die Befugniß versagt wird, viridia, gestationes, deambulationes arboribus infructuoris opacas umzureißen, selbst wenn dies das Prädium verbessern sollte, d. h. selbst wenn dies mehr Ertrag bringen sollte, — wird umgekehrt in dem letzteren Fragmente ihm die Befugniß zuerkannt, Oelbäume, Weinberge u. s. w. umzureißen, vorausgesetzt, daß dadurch der Ertrag des Prädium's erhöht wird. — So scheinbar aber auch ein Widerspruch zwischen diesen beiden Fragmenten existirt, so stehen dieselben doch in einem vollkommenen Einklang zu einander, denn in dem ersten Fragmente liegt

d) In Betreff der Gebäude ist der Usufruktuar nach der positiven Bestimmung des römischen Rechts auch noch

---

ein anderer Fall vor, wie in dem letztern. In dem erstern wird der Fall entschieden, ob der fructuar ein praedium voluptare durch Dejection der bloße Annehmlichkeit bezweckenden Anlagen zu einem fruchttragenden Prädium umwandeln kann. Und dieser Fall mußte verneinend entschieden werden, weil der Fructuar, dem unter c) entwickelten Grundsatze gemäß, die besondere Bestimmung der Sache, einerlei ob sie eine solche von der Natur oder vom Eigenthümer erhalten hat, nicht ändern darf. Dagegen wird ein ganz anderer Fall in dem letztern Fragmente entschieden. Hier handelt es sich nämlich darum, ob der Fructuar an der Stelle, wo jetzt der Weinberg u. s. w. ist, Metalle graben darf, ob derselbe also das Prädium, sofern er

a) die Bestimmung der Sache nicht ändert (denn das ist klar, daß dadurch das zum Fruchtertrage bestimmte Prädium seine Bestimmung nicht ändert, sondern nach wie vor ein fruchttragendes bleibt);

b) und sofern er dadurch einen höhern Ertrag gewinnt, d. h. sofern er das Prädium verbessert;

gerade auf die nämliche Weise wie der Eigenthümer benutzen soll, und diese Frage mußte der Jurist verneinen, da offenbar der Fructuar in der Wahl der Mittel bei dem Gebrauche der Sache ganz frei und nur negativ beschränkt ist, d. h. nur in sofern, als er die besondere Bestimmnng der Sache nicht ändern darf.

Feuerbach und Madai haben, indem sie dies nicht bedachten, daß in jedem dieser beiden Fragmente ein anderer Fall entschieden wird, die Behauptung aufgestellt, daß dieselben so, wie sie gelesen werden, einander widersprechen, daß man daher zu einer Emendation seine Zuflucht nehmen müsse. Feuerbach schlägt in seinen civilistischen Versuchen Nr. 4. folgende Emendation vor, daß er

a) die Interpunction ändert;

b) die Worte et si, welche getrennt gelesen werden, zusammenzieht;

c) und vor etsi die Worte: sin secus nequit interpolirt.

Er liest also die Stelle so:

„—proinde venas quoque lapicidinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit — si nihil agriculturae nocebit, sin secus nequit, etsi forte in hoc quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, — quae fuerunt. Forsitan et haec dejicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem.“ —

Hiernach soll der Sinn des Fragments folgender sein: Der Fructuar darf nur dann Bergwerke u. s. w. anlegen, wenn dies der Agri-

überdies verpflichtet, an dem Gebäude gar keine Bauände-
rungen vorzunehmen, wenn es nicht blos äußerliche dem

---

cultur nicht schadet, sonst ist er dazu nicht befugt, und zwar selbst dann nicht, wenn sie einen größern Ertrag abwerfen sollten. Aber einzelne Bäume (denn von diesen sei in dem letzten Satze von forsitan an die Rede) könne er umreißen, sofern er das Prädium dadurch verbessert.

Die Emendation Feuerbachs hat so viele Bedenken gegen sich, daß sie allgemein verworfen wird. Sie widerlegt sich vornehmlich dadurch, daß sie zu dem Ziele nicht führt, welches Feuerbach durch dieselbe erreichen wollte. Denn zugegeben auch, daß das Fragm., wie es in den Pandekten gelesen wird, corrumpirt ist und daß die von Feuerbach vorgeschlagene Lesart die richtige ist — so würde der Sinn desselben doch nicht der sein, welchen Feuerbach in demselben finden will, da der letzte Satz von forsitan an jedenfalls nur auf das unmittelbar Vorhergehende und nicht auf die einzelnen Bäume, von welchen gar nicht die Rede war, bezogen werden müßte. —

Madai ist im Civ. Archiv XV. S. 330. der Meinung, daß in den letzten Worten: si quidem ei permittitur meliorare proprietatem nicht ein Argument Ulpians für seine Entscheidung enthalten sei — wie man dies im ersten Augenblicke zu glauben geneigt ist — sondern daß dieselben auf die Erlaubniß zu beziehen sind, welche der Eigenthümer dem Fruktuar ertheilt, sein Prädium auf diese Weise zu verbessern. Der Sinn des Fragments ist also nach Madai dieser: der Fruktuar sei in der Regel befugt, nur auf bisher noch nicht cultivirten Landstücken Bergwerke, Steinbrüche u. s. w. anzulegen; aber es kann ihm vom Eigenthümer speziell die Erlaubniß ertheilt werden, auch auf bereits bebautem Boden solche Anlagen zu machen, sofern nur diese einen reichlichern Ertrag abwerfen. — Die Ansicht Madais widerlegt sich zunächst durch sprachliche Bedenken, denn die Worte si quidem können nicht durch „wenn nämlich," wie es Madai thut, übersetzt werden. Und dann müßte statt permittitur — permissum sit stehen. Ferner widerlegt sich dieselbe dadurch, daß dem Fructuar ipso jure, ohne daß es erst einer Erlaubniß des Eigenthümers dazu bedarf, gestattet ist die Sache zu melioriren. Madai sucht zwar dieses letztere Bedenken durch den Einwand zu entkräften daß die ipso jure, dem Fruktuar zukommende Befugniß, die Sache zu melioriren, ihn zu positiven Handlungen nicht befähige, daß also wohl der Eigenthümer in die Vornahme derselben einwilligen könne. Aber dies ist offenbar, wie Vangerow richtig bemerkt, aus der Luft gegriffen. Endlich wird die Ansicht dadurch widerlegt, daß die letzteren Worte: si quidem etc. in den Basiliken gänzlich fehlen.

Gebäude anhaftende Verzierungen sind. Er darf also das Gebäude weder erhöhen, noch erniedrigen.

Er darf nicht aus einem Zimmer mehrere, oder umgekehrt aus mehreren ein Zimmer machen; er darf nicht den Eingang verlegen.

Fragm. 13. §. 7. eod.

Er darf nicht ein unvollendetes Gebäude ausbauen, wenn dasselbe auch sonst unbenutzbar wäre, außer wenn er einen Auftrag dazu erhalten hat, in welchem Falle er aber nicht als Usufructuar, sondern als negotiorum gestor in Betracht kommt.

Fragm. 61. eod.

Wohl aber darf er Wirthschaftsgebäude, welche nothwendig sind, erbauen, und zwar, wie Hoffmann S. 131. richtig bemerkt, aus dem Grunde, weil dieselben nicht als Gegenstände des ususfructus erscheinen, sondern als Mittel, um den ususfructus an dem praedium besser ausüben zu können.

Es bleibt übrig zu erwähnen, daß nach dem Fragm. 15. §. 4. eod. der Usufructuar die Kleider, sofern sie keine Festkleider sind, nicht vermiethen darf, weil angenommen wird, daß dies ihrer Natur widerstreitet. —

## Ueber den ususfructus an Waldungen.

Meiner Meinung nach sind hier vier Arten von Waldungen zu unterscheiden:

1) die silva non caedua;
2) die silva caedua im weiteren Sinne;
3) die silva caedua im engeren Sinne; und
4) die silva caedua im engsten Sinne;

indem der Ususfructuar bei jeder dieser 4 Arten andere Rechte ausübt.

1) der Usufructuar einer silva non caedua, d. h. einer solchen, die zur Holznutzung nicht bestimmt ist[56]), muß sich alles Holzfällens enthalten.

Fragm. 13. §. 4. de usufr.

und er hat nur folgende Befugnisse

a) sind es Obstbäume, so hat er vollen Fruchterwerb; sind es andere Bäume, so erwirbt er das Laub und Aehnliches:

b) ferner erwirbt er die dürren Aeste, sowie einzelne abgestorbene Bäume;

Fragm. 18. de usufr.

c) er darf Stangen, Reiser, Pfähle ausschneiden, um sie bei der Wein- oder Obstzucht zu benutzen, aber freilich ist er bei der Ausübung dieser Befugniß sehr beschränkt. So darf er nicht die großen Bäume zu Stangen benutzen.

Fragm. 10. de usufr.

d) Endlich kann er auch nach Umständen ein Recht erwerben, das Holz zu fällen. Dies tritt dann ein, wenn die Waldung zu dicht ist, wenn also der beschränkte Holzschlag als Beförderungsmittel des Wachsthums der Bäume dient.

2) Ist der Ususfructus an einer silva caedua im weitern Sinne bestellt, d. h. an einem solchen Walde, welcher zu einer dauernden, forstmäßigen, geordneten Holzzucht dient, so kann der Fructuar den Regeln der guten Forstwirthschaft gemäß Holz fällen, aber er muß für die entsprechende Holzpflanzung sorgen, damit der Wald nicht deteriorirt werde. Mit andern Worten, muß die Holzfällung in einem entsprechenden Verhältniß zu dem Nachwuchs stehen, so daß der Fructuar alljährlich nur so viel

---

56) Dahin gehören Weinberge, Parkanlagen, Obstplantagen, Obstgärten, Lustgärten u. s. w.

Holz fällen darf, als in einem Jahre wieder nachwächst. —

Das gefällte Holz ist der Fructuar nicht gezwungen unmittelbar selber zu verbrauchen, er kann es auch, wie sich am Ende von selbst versteht, verkaufen.

Fragm. 9. §. 7. eod.

Es entsteht die Frage, ob dieselben Grundsätze auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Ususfructus nicht namentlich am Walde bestellt ist, sondern nur überhaupt an dem fundus, auf welchem der Wald befindlich ist; ob also der Usufructuar dann den ususfructus oder den usus am Walde hat. — Diese Frage wird von den Rechtsgelehrten in einem verschiedenen Sinne beantwortet. Die Meisten sind der Ansicht, daß ihm auch in dem letztern Falle ein Nießbrauch an dem Walde zukommt. Andere wieder stellen die Behauptung auf, daß der Usufructuar in dem letztern Falle nur so viel Holz schlagen darf, als es das Bedürfniß des Grundstücks erfordert. Diese Frage läßt sich nicht durch Quellenzeugnisse entscheiden, da hierüber die Quellen keine Erwähnung thun, indem das Fragm. 9. §. 7. de usufr., auf welches sich Viele berufen, nicht von einem solchen Walde redet, welcher ein Theil des zum ususfructus übergebenen Grundstücks ist, sondern von einem solchen, welcher davon getrennt ist und eine Pertinenz desselben bildet. Aber eben so wenig läßt sich diese Frage aus allgemeinen Rechtsprincipien beantworten, wie dies Vangerow glaubt, der die Ansicht, wonach der Usufructuar in einem solchen Falle nur einen usus am Walde hat, a priori als falsch betrachtet. Denn die Behauptung, daß die genannte Ansicht dem Wesen des ususfructus widerspreche, beruhet auf einer erst zu beweisenden Voraussetzung, nämlich auf dieser Voraussetzung, daß ein auf dem fundus überhaupt bestellter ususfructus auch den dort befindlichen Wald mit

umfaßt. Meiner Meinung nach kommt hier Alles auf die Interpretation des Willens des Bestellenden an. Läßt sich aus andern Umständen schließen, daß der Eigenthümer auch den Wald mit zum ususfructus übergeben wollte, so ist dem Servitutinhaber der ususfructus an dem Walde zuzuerkennen. Im entgegen gesetzten Falle kann er nur Anspruch auf den usus des Waldes haben. Aber das Erstere ist, glaube ich, stets zu präsumiren.

3) Andere Regeln gelten dann, wenn der ususfructus an einer silva caedua im engern Sinne[57]) bestellt ist. Bevor aber dieselben genannt werden, muß der Begriffsunterschied zwischen einer silva caedua im weiteren und einer silva caedua im engeren Sinne aufgestellt werden. Auf den ersten Blick scheint zwischen beiden Arten der Unterschied zu bestehen, daß die erstere zu einem doppelten Zweck,

a) zur Holzzucht, und
b) zum Holzschlag,

die letztere dagegen nur zum Holzschlag dient. Aber diese Begriffsbestimmung wäre nicht ganz genau, denn die letztere dient insofern auch zur Holzzucht, als der Usufructuar die Stämme und Aeste nicht ganz willkürlich benutzen darf, damit die Erneuerung des Waldes aus den Wurzeln und Stammausschlag möglicherweise eintreten könnte. Der Unterschied besteht vielmehr in der Art und Weise der Holzzucht. Die Holzzucht einer silva caedua im weitern Sinne erfordert positive Handlungen von Seiten des Berechtigten, indem er den Regeln der geordneten Forstwirthschaft gemäß den Wald durch Setzlinge oder Besamung wieder in Cultur setzen muß. Die Holzzucht einer silva caedua im engern Sinne erfordert keine positiven Handlungen von Seiten des Berechtigten,

---

57) Deutsch heißt sie „Niederwald, Ausschlagswald, Niederholz."

indem derselbe nur verpflichtet ist, solche Handlungen nicht vorzunehmen, wodurch die Erneuerung des Waldes aus den Stämmen und Aesten gehindert wäre. —

In Betreff des Holzschlages unterscheidet sich eine silva caedua im engern Sinne gar nicht von einer silva caedua im weitern Sinne, denn auch bei derselben ist der Usufructuar nur insoweit Holz zu schlagen befugt, als dadurch, dem allgemeinen Grundsatze über den ususfructus gemäß, der Wald nicht verschlechtert wird, d. h. auch bei derselben muß der Holzschlag in einem entsprechenden Verhältniß zum Nachwuchs stehen. Laspeyres ist einer andern Meinung. Er behauptet, daß der Usufructuar ein unbedingtes Recht auf die Aeste und Sprößlinge vom Augenblicke ihrer Entstehung an habe. Aber seine Ansicht scheint mir dem Wesen des ususfructus zu widersprechen. Denn daraus, daß der Usufructuar die Sache nicht verschlechtern darf, folgt die weitere Beschränkung von selbst, daß er nur ein bedingtes Recht auf Aeste und Sprößlinge hat. Laspeyres, dem auch Vangerow beizustimmen scheint, beruft sich auf das Fragm. 48. §. 1. eod., aber mit Unrecht, denn in diesem Fragmente ist derselbe Gedanke ausgesprochen, wie in dem Fragm. 42. de usu et usufr., nämlich der Gedanke, daß der Usufructuar auch unreife Früchte percipiren kann, dem bei dem ususfructus geltenden allgemeinen Grundsatze gemäß, nach welchem derselbe, wie sich das Fragm. 9. §. 7. de usufr. ausdrückt, nur quoad modum, d. h. nur in Betreff der Menge der precipirten Früchte, nicht aber quoad qualitatem utendi, d. h. nicht in Betreff der Art und Weise der Benutzung derselben, beschränkt ist.

Auch in Betreff der Art und Weise der Ausübung unterscheidet sich der ususfructus einer silva caedua im engern Sinne von einer silva caedua im weitern Sinne nicht.

4) Noch andere Grundsätze gelten in Betreff des

ususfructus an einer silva caedua im engsten Sinne. Silva caedua im engsten Sinne heißt ein solcher Wald, der einzig und allein zum Holzfall bestimmt ist, nicht aber auch zur Holzzucht, weder zu einer geordneten, wie sie bei einer silva caedua im weitern Sinne, noch zu einer solchen, wie sie bei einer silva caedua im engern Sinne vorkommt. — Der Nießbrauch an einem solchen Walde wird wohl nur dann bestellt werden, wenn der Eigenthümer die Absicht hat, das Grundstück, auf welchem sich der Wald befindet, nach gefälltem Holze zur Landcultur zu verwenden. Daher wird auch immer dem Nutznießer von dem Eigenthümer die Verpflichtung auferlegt, das Aufwachsen des Waldes durch Ausrottung der Stämme und Wurzeln zu hindern, oder sogar das Land zu bebauen. Was den Umfang des Holzschlages und die Art und Weise der Benutzung des erworbenen Holzes anlangt, so unterscheidet sich ein solcher ususfructus von demjenigen ususfructus, welcher an einer silva caedua im weitern Sinne bestellt wird, nicht im mindesten.

## Ueber den ususfructus an Mineralien.

Daß ein ususfructus an Mineralien möglich ist, dies spricht das Fragm. 7. §. 14. soluto matr. dos. quemadm. pet. aus. Der Usufructuar ist nicht allein befugt, die vom Eigenthümer schon eröffneten Mineralgruben zu benutzen, sondern er kann auch neue Gruben öffnen [58]), sofern das Grundstück dadurch nicht verschlech-

58) Die Befugniß, neue Mineralgruben zu eröffnen, scheint auf den ersten Blick dem Grundsatze zu widersprechen, wonach der Usufructuar die Sache salva rerum substantia gebrauchen soll. Dies ist aber nicht der Fall; denn das Grundstück bleibt dadurch unversehrt. Die Sache ist also die, daß durch Eröffnung neuer Mineralgruben die besondere Bestimmung eines Theils des Prädiums geändert wird. Diese Aenderung ist aber — wenn sie auch im Allgemeinen unzulässig ist — in dem genannten concreten Falle erlaubt, weil der Eigenthümer dadurch, daß er das Grundstück zur Benutzung der Mineralgruben übergab, eine stillschweigende Zustimmung dazu ertheilte. —

tert wird, oder falls dies der Fall sein sollte, sofern der Eigenthümer darein eingewilligt hat.

Es entsteht jetzt die Frage, wie es sich mit den bei der Eröffnung neuer Gruben gemachten Ausgaben (impensae) des Fructuars verhalte, ob der Eigenthümer ihm dieselben zu ersetzen verpflichtet ist oder nicht? Hier ist ein Unterschied zu machen, ob für den Eigenthümer durch die Eröffnung derselben ein dauernder Nutzen erwächst oder nicht. Im ersteren Falle, nämlich dann, wenn der Vorrath von dem Nutznießer nicht erschöpft wurde, gelten die gemachten Ausgaben als impensae utiles und der Eigenthümer ist demnach verpflichtet, dieselben zu ersetzen; im letzteren Falle dagegen, nämlich dann, wenn der Nutznießer den ganzen Vorrath verbraucht hat, gelten dieselben als impensae utiles nicht, und so braucht der Eigenthümer dieselben nicht zu ersetzen.

Fragm. 7. §. 13. eod.

Cujacius nimmt in seinen Observ. Lib. XV. c. 21 an dem Worte fructusiorem in dem citirten Fragmente einen Anstoß, indem er darin einen Widerspruch mit dem zweiten Fragmente, worin von einer Verschlechterung des Grundstücks die Rede ist, findet. Er schlägt demnach die Lesart „nec fructuosiorem“ vor. Ich glaube aber, daß man nicht nöthig hat, die stehende Lesart zu ändern, indem es wohl denkbar ist, daß das Grundstück für den Eigenthümer verschlechtert wird, wenn auch der gegenwärtige Ertrag desselben für den Fructuar bedeutender geworden ist. Dies wird dann eintreten — und an einen solchen Fall dachte der Jurist ganz gewiß — wenn der in der Steingrube befindliche Vorrath von dem Fructuar erschöpft wird.

## Ueber den ususfructus an einer Schaf-Heerde.

Der Nießbrauch einer Heerde ist nicht ein Nießbrauch an einzelnen Schafen, die sich in der Heerde befinden, also nicht an einer Quantität einzelner Sachen, nicht an 1000 Schafen, sondern eben nur an der ganzen Heerde, also an einem idealen Ganzen. Daher sind die einzelnen während des Nießbrauchs gebornen Schafe nicht als Fructus zu betrachten, vielmehr gilt nur dies als Fructus, nämlich civiles, was der Usufructuar durch den Verkauf der Schafe, der Wolle u. s w. gewinnt. Der Usufructuar muß die Heerde in demselben Zustande dem Eigenthümer zurückgeben, in welchem er sie erhalten hat. Dies erleidet freilich dann eine Ausnahme, wenn die Heerde durch casus, z. B. durch eine grassirende Krankheit, dem inneren Werthe nach verschlechtert wurde. Diese Ausnahme gründet sich auf den Grundsatz „casum sentit dominus."

Cf. Fragm. 31. quibus mod. ususfr. amitt.,
wo gesagt wird, daß der Usufructuar in dem Falle zur Ergänzung der Heerde nicht verpflichtet ist, wenn die Heerde — versteht sich ohne seine Schuld — zu einer Zeit, wo noch keine Junge geboren waren, auf eine solche Zahl zusammen geschmolzen ist, welche keine Heerde mehr bildet.

## Ueber den ususfructus an Sclaven.

Hier gilt die positive Regel, daß das Sclavenkind nicht dem Usufruktuar, sondern dem Eigenthümer zufällt. Der Grund dieser Bestimmung wird auf eine sehr emphatische Weise in dem Fragm. 68. de usufr. et quemadm. quis utat,

„vetus fuit quaestio an partus ad fructuarium pertineret? Sed Bruti sententia obtinuit fructuarium in eo locum non habere. *Neque enim in fructu hominis homo esse potest*" etc.,

und in dem Fragm. 28. §. 1. de usuris,

„partus vero ancillae in fructu non est, — *absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gracia comparaverit.*“

ausgedrückt. Die letzteren Worte in den beiden Fragmenten stehen eben so in einem Widerspruche mit dem Geiste des römischen Rechts, wie die bekannte emphatische Definiton der Ehe[59]), welche sich im Corpus juris findet. Und daher ist es jedenfalls unrichtig, wenn Hoffmann diese Fragmente „als ein Beispiel dafür anführt, daß bei den Römern die Idee der Unsittlichkeit der Behandlung der Sclaven als reiner Sachen eingedrungen war.“ Daß die genannte Verordnung aus einem höheren Sittlichkeitsgefühle der Römer nicht abzuleiten ist, zeigt sich schon daraus, daß der partus ancillae vom Proprietar und zwar fructuum nomine[60]) erworben wird. Der Grund dieser Bestimmung liegt vielmehr in dem favor dominii, welcher aus dem großen Werthe der Sklaven zu erklären ist.

Bevor über den Erwerb des Uusufructuars durch die Sclaven gesprochen wird, muß der allgemeine Grundsatz aufgestellt werden, daß von demselben überhaupt nur dann die Rede sein kann, wenn der Sklave nicht im Namen oder auf Befehl des Eigenthümers erwirbt, denn alsdann fällt das Erworbene dem Eigenthümer zu.

Fragm. 25. §. 3. de usufr.

---

59) Fragm. 1. de ritu nupt. §. 1. I. de patr. pot.

60) Damit sind nicht die Worte eines so lautenden Fragm. „partus ancillae non est in fructu“ im Widerspruch, wenn man dieselben nurrichtig versteht. Denn offenbar hat der Jurist nur das damit andeuten wollen, daß der partus ancillae von dem Fructuar, der das Recht auf alle fructus percipiendos hat, nicht erworben wird, und es ist anzunehmen, daß er die juristische Eigenschaft der Sklavenkinder als Früchte nur in Beziehung auf den Fruktuar, nicht aber überhaupt, also auch in Beziehung auf den Eigenthümer, geläugnet hat.

Der Usufructuar erwirbt durch den Sclaven alles das, was als Product der bloßen Thätigkeit desselben sich darstellt, nicht aber auch das, was der Sclave aus andern von seiner Thätigkeit unabhängigen Gründen erwirbt. So fällt der Erwerb des Sclaven aus der Erbschaft, aus dem Legat, aus dem Fideicommiß, ja aus der Schenkung, sei es inter vivos [61]), oder mortis causa, dem Eigenthümer zu. Ferner erwirbt er dasjenige nicht, was der Sclave im Namen und im Auftrage des Eigenthümers erworben hatte.

Der ususfructus unterscheidet sich darin von dem Eigenthume, daß der Fructuar — da keine unitas personae zwischen ihm und dem Sclaven statt hat — die Thätigkeit des Sclaven zu Allem verwenden kann, während der Eigenthümer sie nur zu solchen Diensten benutzen darf, welche der unitas personae nicht entgegen sind. So kann der Usufructuar, nicht aber der Eigenthümer, seinen Sclaven zum Verwalter seines ganzen Vermögens und so zum Vertreter seiner vermögensrechtlichen Persönlichkeit machen. —

Fragm. 20. 7. 8.

In Hinsicht auf die Art und Weise der Benutzung der Sclaven ist der Usufructuar, den allgemeinen Grundsätzen über den ususfructus gemäß, nicht beschränkt, er kann dieselben unmittelbar selbst zu bestimmten Diensten gebrauchen, er kann aber auch die Thätigkeit derselben einem Andern überlassen.

Wenn bei onerösem Erwerb des Sclaven die Gegenleistung noch nicht prästirt ist, so bleibt die Entscheidung der Frage, wem der Sclave erworben hat, dem Eigenthümer oder dem Usufructuar so lange zweifelhaft, bis die Gegenprästation erfolgt ist. Ist die Gegenleistung

---

61) Daß sich die Sache anders verhalten muß, wenn die Schenkung mit Rücksicht auf den Usufructuar geschah, versteht sich von selbst.

aus dem Vermögen des Usufructuars präſtirt, ſo hat der Sclave dem Usufructuar erworben. Iſt dagegen die Gegenpräſtation aus dem Vermögen des Eigenthümers erfolgt, ſo hat er dem Eigenthümer erworben. So iſt wenigſtens die Sache von Julian und Ulpian entſchieden worden, und dieſe Entſcheidung halte ich für die allein richtige. Marcellus und Mauritianus gehen von einem anderen Geſichtspunkte aus. Sie meinen, daß es nicht darauf ankomme, aus weſſen Vermögen die Gegenleiſtung geſchah, ſondern nur darauf, ob dieſelbe vor oder nach der Erlöſchung des ususfructus erfolgt ſei. Im erſtern Falle erwerbe der Sclave dem Usufructuar, im letzteren dem Eigenthümer. Iſt die Gegenpräſtation aus dem Vermögen Beider geleiſtet worden, ſo erwerben Beide ein condominium an der Sache und zwar nach Maßgabe des Geleiſteten. — Wenn aber die Präſtation eines Jeden ganz geſchah, ſo kommt es darauf an, wer zuerſt geleiſtet hat, und dieſer erwirbt das Ganze, während der Andere das Gezahlte mit der rei vindicatio oder mit der Condictio zurück fordern kann. Wenn nun aber die ganze Gegenleiſtung von beiden Seiten zu einer und der nämlichen Zeit geſchah, ſo hat keiner die Sache erworben, und das Gezahlte kann von Beiden condicirt oder vindicirt werden.

Fragm. 25. §. 1. eod.

So viel über den Erwerb aus einem oneröſen Geſchäfte. Anders verhält es ſich mit der Verpflichtung zur Gegenpräſtation eines Aequivalents für das Empfangene. Hier kommt es darauf an, in cujus rem der Sclave das Geſchäft abgeſchloſſen hat. Hat er in rem des Usufructuars das oneröſe Geſchäft abgeſchloſſen, ſo kann der Usufructuar von demjenigen, welcher ſchon geleiſtet hat, belangt werden, im umgekehrten Falle wird der Eigenthümer belangt.

Wenn Zweien ein ususfructus an dem Sclaven

zukommt, so erwerben Beide gemeinschaftlich pro rata parte. Und nur alsdann erwirbt der Eine das Ganze allein, wenn der Sclave aus dessen Vermögen erworben hat, wie dies Julian und Ulpian entscheiden. Scävola war einer andern Meinung, die er später selbst zurücknahm, indem er der richtigeren Ansicht beitrat. Er meinte nämlich: daß der Sclave in einem solchen Falle theilweise dem Usufructuar, theilweise dem Eigenthümer erwarb. Er stützte seine Meinung darauf, daß der Eigenthümer Alles das erwerben müsse, was der Andere Usufructuar, da der Erwerb nur aus dem Vermögen seines Mitnutznießers geschah, nicht erwerben konnte.

## Ueber die Pflichten des Usufructuars.

Der Usufructuar ist verpflichtet,

a) Erstens der Sache die Sorgfalt eines bonus paterfamilias zuzuwenden. Diese Verpflichtung läßt sich näher so detailliren:

α) er muß die Sache so gebrauchen, wie sie ein bonus paterfamilias gebrauchen würde.

β) er muß für die Erhaltung der Sache in ihrem status quo sorgen.[62])

So muß er die Sclaven und Thiere ernähren, die Sclaven außerdem noch kleiden.

Fragm. 15. §. 2. de usufr.

So muß er den Aufwand für die Wiederherstellung der Gesundheit eines kranken Sclaven oder des Thiers bestreiten.

Fragm. 45. eod.

---

62) Die Verpflichtung, für die Erhaltung der Sache Sorge zu tragen, gehet weiter, wie das Gebot, die Sache salva rerum substantia zu gebrauchen. Das letztere Gebot legt dem Usufructuar keine positiven Handlungen auf; demselben wird Genüge gethan, wenn der Usufructuar keine solche Handlungen vornimmt, welche die Substanz der Sache gefährden könnten. Die Verpflichtung dagegen, für die Erhaltung der Sache zu sorgen, verpflichtet den Usufructuar unter Umständen auch zur Vornahme positiver Handlungen.

So muß er die modica refectio eines Gebäudes tragen, d. h. diejenigen Reparaturen, welche beständig wiederkehren. Fragm. 7. §. 2. eod.

So muß er die caulio damni infecti sich bestellen lassen und das opus nuntiiren, wenn der Sache eine Gefahr droht.

γ) muß er für die Erhaltung des Eigenthums Sorge tragen. Er darf daher die Sache einen Dritten nicht usucapiren, noch ein jus in re an derselben durch Verjährung erwerben lassen.
Fragm. 1. §. 7.

b) Zweitens ist er verpflichtet, jeden Schaden, welcher dolo oder culpa lata und levi entsteht, dem Eigenthümer zu ersetzen;

c) Drittens hat er die Verpflichtung, die Sache nach beendetem ususfructus. sowie die nach beendetem ususfructus perzipirten Früchte zu restituiren.[63])

---

63) Was die Pflicht, die nach beendetem Usufructus percipirten Früchte zu restituiren, insbesondere noch anbetrifft, so ist der Usufructuar zur Herausgabe aller nach Erlöschung des Usufructus gezogenen Früchte verpflichtet, wenn die Sache natürliche Früchte erzeugte. Von dieser Verpflichtung befreit ihn natürlich die Consumtion der Früchte nicht, denn die Consumtion befreiet davon nur einen bonae fidei possessor, welcher glaubt, daß er der wirkliche Eigenthümer ist. Für die casu untergegangenen Früchte haftet der Fructuar nur dann, wenn er sich in mora befindet. Für den Fall der mora gilt noch die besondere Regel, daß der Usufructuar auch für diejenigen Früchte haften muß, welche der Eigenthümer, wenn ihm die Sache zur gehörigen Zeit restituirt wäre, gezogen haben würde. Im Falle, wenn die Sache keine fruchtragende ist, muß der Usufructuar von dem Zeitpunkte an, wo der Usufructus erloschen ist, den Nutzungswerth derselben erstatten, d. h. denjenigen Geldwerth, welchen die Sache, wenn sie indeß vermiethet wäre, abwerfen würde,
Fragm. 19. de usufr.

Befindet sich der Usufructuar in mora, so muß er den allgemeinen Grundsätzen über die mora gemäß auch für die fructus percipiendi

Diese letztere Verpflichtung unterscheidet sich ihrem rechtlichem Grunde nach von den beiden ersten Verpflichtungen. Denn während die beiden ersten sich auf das besondere obligatorische Rechtsverhältniß des Usufruktuars zu dem Eigenthümer gründen, welches, wie auf der S. 122. gezeigt wird, aus der Caution entsteht, beruhet die letztere auf einem allgemeinen Grunde, wonach ein Jeder überhaupt ohne Ausnahme zur Restitution der Sache dem Eigenthümer gegenüber verbunden ist, wenn sein besonderes Recht auf dieselbe beendet wird. Diese innere Verschiedenheit des Verpflichtungsgrundes zeigt sich praktisch darin,

---

haften, d. h. mit andern Worten, er muß den Nutzungswerth dem Eigenthümer ersetzen, welchen derselbe erhalten haben würde, wenn ihm die Sache zur gehörigen Zeit restituirt worden wäre.

Hat der Usufructuar die Sache mieths- oder pachtweise auf einen Andern übertragen, so ist die Uebertragung immer nur unter der stillschweigenden Bedingung geschehen, daß das Gebrauchsrecht mit dem Tode des Usufructuars erlöschen solle. Wenn daher der Conductor die Sache länger benutzt, so haftet dafür nicht der Usufructuar, sondern nur er. Und zwar haftet der Usufructuar darum nicht, weil ihm weder culpa noch dolus zur Last gelegt werden kann, indem der Conductor die Sache auf eigene Rechnung und eigene Verantwortung länger zurückhält.

Fragm. 9. §. 1. locat. conduct.

Der Conductor haftet aber dem Eigenthümer auf Grund eines widerrechtlich vorenthaltenen fremden Eigenthums. Und zwar haftet er ebenso, wie der Usufructuar haften würde, weun er die Sache selbst benutzt hätte, d. h. er kann mit der rei vindicatio auf Herausgabe der percipirten Früchte, und im Fall er in mora ist, sogar auf Herausgabe des fructus percipiendi belangt werden.

Der Eigenthümer ist befugt, den Conductor auszutreiben; er kann ihn aber auch in der Pacht lassen. Aber alsdann ist es eine ganz neue Pacht, wenn sie auch unter den nämlichen Bedingungen, wie die frühere, abgeschlossen sein sollte, und nichts wäre so sehr falsch, als wenn man sie als eine Fortsetzung der früheren Pacht ansehen wollte. Die Abschließung einer neuen Pacht unter denselben Bedingungen wie die frühere wird dann präsumirt, wenn der Eigenthümer eine bestimmte Zeit hindurch den Willen nicht kundgiebt, die Sache selbst benutzen zu wollen. —

daß der Usufructuar zur Restitution der Sache mit einer rei vindicatio angehalten wird, während er wegen Nichterfüllung der übrigen Verpflichtungen mit der actio de usufructu belangt wird. Diese letztere Klage kann immer angestellt werden, wenn der Sache während des ususfructus irgend ein Schaden zugefügt wurde, vorausgesetzt, daß dies nicht casu geschah. Sie gehet auf den Schadensersatz.

d. Dem fiscus und den sonstigen Berechtigten gegenüber ist der Usufruktuar zur Bezahlung der betreffenden Beiträge und Abgaben verpflichtet. So muß er Beiträge entrichten zur Anlegung von Wasserleitungen, zur Reinigung der Kanäle, zu Kriegs- und Einquartirungskosten ꝛc.
Fragm. 7. §. 2. 7. 1.

Unterläßt er die Entrichtung derselben, so wird er vom fiscus oder von den sonstigen Berechtigten auch dann in Anspruch genommen, wenn ihm die Bezahlung derselben vom Eigenthümer erlassen wurde. In diesem Falle hat aber der Usufructuar einen Recurs an den Eigenthümer. Der Grund davon liegt darin, daß die Erlassung der betreffenden Abgaben ein Privatgeschäft ist, welches zwischen dem Usufructuar und dem Eigenthümer allein besteht, und den fiscus sowie die sonstigen Berechtigten gar nichts angeht.

## Ueber den Erwerb der natürlichen Früchte.

Der Usufructuar erwirbt die Früchte durch Perzeption, d. h. dadurch, daß er die von der Hauptsache getrennte und zur selbstständigen Sache für sich gewordene Frucht in Besitz nimmt.

Fragm. 13. quibus mod. ususfr. acquir.

Hierin unterscheidet sich der Usufructuar von dem Eigenthümer, dem bonae fidei possessor und dem Emphyteuta, weil diese die Früchte durch das bloße factum der Los-

trennung von der Hauptsache, d. h. durch die Separation erwerben.

Alle perzipirten Früchte erwirbt derselbe zum Eigenthum, ganz einerlei, ob sie von selbst erzeugt wurden, oder ob sie gesäet wurden; ganz einerlei ferner, ob sie vom Eigenthümer oder von ihm selbst gesäet wurden; ganz einerlei endlich, ob sie reif oder unreif perzipirt wurden.

Frag. 42. de usu et usufr.

Daraus nun, daß der Usufructuar die Früchte erst durch Perzeption zum Eigenthum erwirbt, ergiebt sich von selbst eine wichtige Folgerung, nämlich die, daß derselbe die condictio furtiva gegen den Dieb der noch hängenden Früchte nicht anstellen kann, weil diese Klage das Eigenthum an dem gestohlenen Gegenstande voraussetzt. Dagegen ist der Fructuar zur Anstellung der actio furti befugt, weil diese nur ein Interesse des Klägers voraussetzt.

Fragm. 12. §§. de usufr.

## Ueber das Rechtsverhältniß zwischen dem Usufructuar und dem Conductor.

Wenn der Usufructuar die Sache selbst unmittelbar nicht benutzt, sondern deren Benutzung einem Dritten precario mieth=, pacht= oder kaufweise überläßt, so entstehet daraus zwischen ihm und der dritten Person ein Rechtsverhältniß, kraft dessen die Letztere ihm gegenüber eine bestimmte Verpflichtung eingehet. Dieses Rechtsverhältniß besteht aber einzig und allein zwischen dem Usufructuar und der driten Person. Daraus ergiebt sich die Folgerung, daß der Fructuar auch dann, wenn die Sache durch dolus und culpa des Miethers, Pachters u. s. w. verschlechtert wird, vom Eigenthümer auf Schadenersatz belangt werden kann, da der Eigenthümer nur diejenigen Verschlechterungen der Sache während des ususfructus zu tragen hat, welche casu geschehen sind. Aber freilich hat der Usufruc=

tuar einen Recurs an die dritte Person, indem er von ihr die Zurückerstattung des Gezahlten fordern kann.

Der Usufructuar erwirbt das Recht auf die fructus civiles mit dem Moment, wo der Conductor u. s. w. die natürlichen Früchte percipirt hat, oder, wenn die Sache keine fruchttragende ist, in dem Moment, wo er dieselbe zu bestimmten Diensten benutzt hat. Daher kommt es, daß, im Falle, wenn der Usufructuar z. B. im Monat December verstirbt, also zwei Monate später, als die natürlichen Früchte percipirt werden, da dieselben doch gewöhnlich im October gesammelt zu werden pflegen — dessen Erben das Recht auf alle civilen Früchte und somit, wenn dieselben in Zahlung eines Pachtgeldes bestehen, auf das ganze Pachtgeld haben, möge auch dasselbe erst nach dem Tode des Usufructuars, z. B. im Monat März, fällig sein.

Fragm. 58. de usufructu.

Der Usufructuar haftet dem Conductor u. s. w. für den durch Erlöschung des ususfructus hervorgebrachten Schaden nicht, weil die Vermiethung oder Verpachtung unter der stillschweigenden Bedingung geschieht, daß die Pacht mit dem ususfructus erlöschen solle. Nur dann haftet er für den Schaden, wenn er sich in mala fide befand. Im bösen Glauben befindet sich aber der Usufructuar dann:

a) wenn er eine dem ususfructus hinzugefügte Resolutiv-Bedingung, oder einen hinzugefügten Zeittermin bei der Vermiethung desselben verschwiegen hat;

b) wenn er bei der Verpachtung vorgab, als sei er Eigenthümer.

In diesen beiden Fällen muß der Conductor dem Eigenthümer die Sache, sowie die nach Erlöschung des ususfructus percipirten Früchte herausgeben. Aber er hat einen Recurs an den Usufructuar. Hat der Conductor das Pachtgeld an die Erben des Usufructuars nach beendetem ususfructus bezahlt, so kann er dasselbe mit der condictio indebiti zurückfordern.

Die hier entwickelten Grundsätze über die Verpflichtung des Usufructuars zum Schadenersatz dem Conductor gegenüber, finden bei dem ususfructus legalis, den der Mann an dem Vermögen der Frau hat, keine Anwendung

## Ueber den quasi ususfructus.

Da der ususfructus ein jus re aliena utendi fruendi salva rerum substantia ist, so folgt von selbst, daß er an denjenigen Sachen, welche salva rerum substantia nicht gebraucht werden können, d. h. an verbrauchbaren Sachen, nicht bestellt werden kann.

§. 2. I. de usufructu.

Darum ist auch der später entstandene quasi ususfructus von dem verus ususfructus verschieden.

Derselbe verdankt folgendem Umstande seine Entstehung: Ein Theil der Lex Julia et Papia, der gewöhnlich leges decimariae heißt, verordnete, daß ein Ehegatte dem andern zusammen nur $^1/_{10}$ des Vermögens zum Eigenthum und $^1/_3$ des Vermögens zum Nießbrauche legiren könne. Bestand nun das Vermögen aus lauter verbrauchbaren Sachen, so war die Bestellung des ususfructus an dem dritten Theile des Vermögens unmöglich. Dies bestimmte den Senat, die Bestellung des ususfructus an verbrauchbaren Sachen durch ein senatusconsultum zu gestatten. — Der quasi ususfructus heißt auch wegen seines Ursprungs ususfructus senatorius.

Der quasi ususfructus, mag er auch den Namen ususfructus führen, unterscheidet sich dem Begriff nach wesentlich von dem ususfructus, welcher im Gegensatz von jenem verus ususfructus genannt wird. Er hat darin eine große Aehnlichkeit mit dem Darlehn, daß hier eben so wie bei diesem die Sache nur in genere restituirt wird, und er unterscheidet

sich von demselben nur dadurch, daß mit ihm immer eine Cautionsleistung wegen der Rückgabe verbunden ist.
§. 2. Inst. eod.

## Ueber die Cautionsleistung[64]).

Beim ususfructus tritt die Eigenthümlichkeit ein, daß die Rechte des Usufructuars dinglicher, die Pflichten dagegen obligatorischer Natur sind. Wenigstens stehet soviel fest, daß der Eigenthümer auf Erfüllung derselben nur aus der Caution, welche von dem Usufructuar geleistet wird, klagen kann. — Ich bezeichne diesen Umstand als einen eigenthümlichen, weil es in der That sehr zu verwundern ist, daß dem Eigenthümer keine dingliche Klage zu Gebote steht, womit er den Usufructuar zur Erfüllung der Pflichten und resp. zur Erstattung des Schadens, welcher aus seiner Nachlässigkeit entstand, zwingen kann. Die Cautionsleistung wird präsumirt uud so kann

a) der Eigenthümer, wenn er die Sache bereits tradirt hat, auf Bestellung derselben mit einer condictio klagen, oder die tradirte Sache mit der rei vindicatio zurückfordern.
b) dagegen darf der Usufructuar den Eigenthümer vor geleisteter Caution auf Tradition der Sache nicht belangen.

Die Caution kann aber auch vom Eigenthümer erlassen werden, wenn der ususfructus aus einem Vertrage entstanden ist, nur nicht beim quasi ususfructus. Dies wird in der Const. 1. c. III. 33. ausdrücklich gesagt, es ergiebt sich aber auch aus allgemeinen Rechtsgründen. Denn die Erlassung der Caution würde hier — da dem Eigenthümer sonst keine anderen Mittel zu Gebote stehen, womit er sein Eigenthum zurückfordern könnte — dem

---

64) Dies, daß die Lehre von der Cautionsleistung an dieser Stelle behandelt wird, rechtfertigt sich aus dem Umstande, daß die Cautionsleistung bei dem quasi ususfructus von besonderer Wichtigkeit ist.

stillschweigenden Aufgeben des Eigenthumes gleich zu achten sein, etwas, was durch die Bestellung des ususfructus nicht geschehen darf.

Bei dem ususfructus legalis ist die Caution immer ausgeschlossen. Der Grund hiervon liegt darin, daß der ususfructus legalis gerade unter solchen Personen vorkommt, welche außer in dieser einen Beziehung in keinem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse zu einander stehen können, und somit auch nicht ein obligatorisches Rechtsverhältniß durch die Caution eingehen dürfen.

Eben so wenig ist die Caution etwas Nothwendiges bei dem ususfructus, welcher durch letzte Willensäußerung entstand, also aus einem Testamente, Legate, Fideicommisse oder aus einer donatio mortis causa. Dieselbe kann also von dem Besteller erlassen werden. —

Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind übrigens darüber sehr verschieden. Galvanus und Hunnius glauben, daß die Caution sowohl beim verus ususfructus als auch beim quasi ususfructus vom Eigenthümer erlassen werden kann.

Hoffmann hält die Erlassung der Caution unbedingt für unzulässig, sowohl bei dem quasi ususfructus als auch bei dem verus ususfructus. [65]) Aber er meint, daß dem Eigenthümer etwas von der Art derselben nachzulassen gestattet sein müsse. Hoffmann stützt seine Ansicht darauf, „daß es einen Widerspruch enthalten würde, Jemandem nur den ususfructus einzuräumen, sich aber das Eigenthum vorzubehalten, und doch auf der andern Seite sich der Mittel, wodurch das Eigenthum als ein künftig wirksames Recht erhalten werden kann, zu berauben.— Die Ansicht Hoffmanns beruht auf der Voraussetzung, daß die Caution bei dem ususfructus als ein Sicherungs-

---

65) Was denusus fructus legalis anbetrifft, so ist auch Hoffmann der Ansicht, daß bei demselben von einer Caution nicht die Rede sein kann,

mittel des Eigenthums geleistet wird. Dies ist aber durchaus nicht der Fall, indem die Caution nicht sowohl die Sicherung des Eigenthums, da dieses vollständig durch die rei vindicatio gesichert wird, sondern vielmehr die Sicherung des Ersatzes für die Sache oder für deren Beschädigung bezweckt. Daß die Caution nur entweder die Rückgabe der Sache in genere nach beendetem ususfructus [66]) oder den Schadenersatz sichern kann, wird klar ausgesprochen, in dem Fragm. 1. §. 6. de ususfr. quemad. cav.

Wenn der ususfr. aus einem Geschäfte unter Lebenden entstand, so wird die Größe der Caution durch die Contrahenten selbst festgesetzt. Entstehet der ususfructus aus einem Testamente, so wird die Größe derselben — falls sich der Eigenthümer und der Usufructuar darüber nicht einigen sollten, — officio judicis bestimmt.

Fragm. 13. de ususfr.

Die Caution muß von dem Usufructuar geleistet werden, aber es versteht sich von selbst, daß er sie auch durch eine dritte Person, der er den Auftrag dazu giebt, leisten kann.

Wenn der ususfructus einem Dritten mit dem Auftrage übergeben wurde, denselben einem Andern zu überlassen, so ist derselbe als die Mittelsperson von der Cautionsleistung befreit, und dieselbe muß von dem Andern, da er als der eigentliche Usufructuar gilt, geleistet werden.

Fragm. ususfr. quemad. caveat.

Haben mehrere den ususfructus pro partibus indivisis erworben, so hat ein Jeder von ihnen die Caution pro rata parte zu leisten. Die Caution muß dem Eigenthümer selbst oder seinem Mandatar geleistet werden.

Haben Mehrere ein Miteigenthum an der Sache, so hat Jeder Anspruch auf die Caution. Die Caution wird

---

66) Was die Rückgabe der Sache in specie anbetrifft, so ist deren Sicherung durch Caution überflüssig, indem der Eigenthümer dieselbe mit der rei vindicatio erzwingen kann.

aber auch dann Mehreren geleistet, wenn Mehrere einen Anspruch auf das Eigenthum machen, und es zweifelhaft ist, wer von ihnen der eigentliche Eigenthümer gegenwärtig ist, oder in der Zukunft sein wird. Daher wird die Kaution in dem Falle, wenn Jemandem die Proprietät unter einer Bedingung legirt wurde, sowohl dem Erben als dem Legator geleistet. Ein Gleiches tritt ein, wenn die Proprietät zweien auf die Art legirt ist, daß der Eine sie dann erwerben solle, wenn der Andere sie nicht erwerben sollte. Es braucht wohl nicht erst hervorgehoben zu werden, daß in allen den Fällen, wo Mehrere einen Anspruch auf die Caution haben, Keiner die ganze Caution fordern kann, daß vielmehr sich Alle pro rata parte ihres Antheils in dieselbe theilen.

Aus der Caution kann nur derjenige mit Erfolg klagen, welcher zur Zeit der Anstellung der Klage Eigenthümer der Sache ist.

Hat der Eigenthümer das Eigenthum auf einen Andern übertragen, so kann der neue Eigenthümer, da er kein successor universalis des vorigen ist, nur dann aus der Caution klagen, wenn ihm die Klage von dem frühern Eigenthümer cedirt wurde. Demselben stehen übrigens außer der Cession, — die vor der Uebertragung des Eigenthums erfolgen muß, weil die Klage durch die Veräußerung des Eigenthums ipso jure erlöschen würde und eine untergegangene Klage nicht cedirt werden kann — auch noch andere Mittel zu Gebote. Er kann nämlich durch die Anstellung der rei vindicatio den Usufructuar zur Leistung einer neuen Caution indirect zwingen, wenn dieser es nicht vorzieht, die Sache selbst herauszugeben.

Fragm. 3. §. 4. eod.

Auf diese Weise entstehet für den Usufructuar kein Nachtheil, denn es wäre sehr irrig zu glauben, daß derselbe die Caution doppelt zu leisten habe, einmal dem früheren Eigenthümer und das zweitemal dem jetzigen

Eigenthümer. Der Usufructuar zahlt die Caution nur einmal, nämlich nur dem jetzigen Eigenthümer; denn er ist dem früheren Eigenthümer gegenüber, wenn dieser aus der versprochenen Caution klagen sollte, durch die exceptio doli geschützt.

## Ueber den ususfructus nominum, d. h den ususfructus an Forderungen.

Der ususfructus nominum scheint auf den ersten Blick ein Nießbrauch an unkörperlichen Sachen, an Rechten zu sein. Aber der Schein, der viele Rechtsgelehrte [67]) betrogen hat, trügt hier wie überall; denn er ist eben so gut, wie jeder andere ususfructus, ein Nießbrauch an körperlichen Sachen. Ein ususfructus an Rechten wäre auch in der That eine allen Rechtsprinzipien Hohn sprechende Anomalie.

Streng genommen ist der Name „Nießbrauch an Forderungen" unpassend. Man sollte sagen: Nießbrauch, welcher an Gegenständen (scil. körperlichen) bestellt wird, die gegenwärtig im Eigenthum des Bestellers noch nicht vorhanden sind, sondern erst von einem Dritten geleistet werden sollen. — Da der ususfructus nominum ein Nießbrauch an körperlichen Sachen ist, so folgt von selbst, daß er nur dann constituirt werden kann, wenn die Forderung in einem dare oder in einem praestare besteht.

Der ususfructus nominum kann auf eine zweifache Art bestellt werden:

a) so, daß der Eigenthümer dem Servitutinhaber zugleich ein Mandat auf die Eintreibung der Schuld ertheilt;
b) so, daß er ein solches Mandat ihm nicht giebt.

---

67) So sagt z. B. Westphal in seiner Schrift de libertate et servitutibus praediorum §. 538. Nr. 484. b., in früheren Zeiten habe der Usufructus an unkörperlichen Sachen überhaupt nicht bestellt werden können, also weder an Forderungen, noch an einer Servitut.

Auf die letztere Art wird der ususfructus nominum — wie es die Natur der Sache selbst mit sich bringt — nur in denjenigen Fällen bestellt werden, wenn der geschuldete Gegenstand ein Geldkapital ist.

In dem erstern Falle sind zwei Momente genau zu unterscheiden:

a) das Mandat, die Schuld von dem Debitor im Namen des Eigenthümers [68]) einzutreiben;

b) der ususfructus selbst.

Wird der ususfructus nominum mit Mandat bestellt, so beginnt er erst in dem Momente, wo der Debitor die bestimmte Leistung, zu welcher er verpflichtet ist, geleistet hat. So beginnt das dingliche Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Usufructuar, nachdem das obligatorische Rechtsverhältniß zwischen dem ersteren und dem Kreditor aufgehört hat. — Der ususfructus nominum mit Mandat kann sowohl ein verus ususfructus, als auch ein quasi ususfructus sein. Er ist ein verus ususfructus, wenn das vom Debitor Geleistete eine res, quae usu non consumitur, ist; er ist ein quasi ususfructus, wenn die Sache eine verzehrbare ist.

Der quasi ususfructus mit Mandat wird von dem Usufructuar unmittelbar, der quasi ususfructus ohne Mandat mittelbar ausgeübt. Der ususfructus nominum ohne Mandat enthält nämlich ein stillschweigendes in dem nämlichen Augenblicke mit dem Nießbrauch entstandenes pactum adjectum zwischen dem Usufructuar und dem Debitor, kraft dessen sich der letztere verpflichtet, für den Gebrauch des Kapitals dem Usufructuar ein prelium zu

---

68) Dieses Mandat unterscheidet sich wesentlich von der Cession, denn die Cession enthält ein Mandat aut Eintreiburg der Schuld im Namen des Cessionars, so daß dieser ein procurator in rem suam und nicht wie der Usufructuar beim ususfructus nominum ein procurator in rem alienam ist.

zahlen, als welches die Zinsen von dem Kapital angesehen werden müssen. —

Der ususfructus nominum unterscheidet sich, wenn er ohne Mandat bestellt wird, nur in dem einen unwesentlichen Punkte von dem gewöhnlichen quasi ususfructus am Kapital, daß bei demselben die Ueberlassung des Gebrauchsrechts am Kapital an einen Dritten eine nothwendige, bei dem sonstigen quasi ususfructus dagegen eine freiwillige ist.

Eigenthümlich ist aber der quasi ususfructus nominum ohne Mandat darin, daß der Quasifructuar von der Cautionsleistung befreit ist; und dies ist die einzige Ausnahme, wo der Quasiusufructuar die Caution nicht zu bestellen braucht. Diejenigen, welche weiter zu gehen nicht gewohnt sind, als die ausdrücklichen Quellenzeugnisse reichen, werden mir vielleicht den Einwand machen, daß es höchst willkürlich sei, solche Ausnahmen anzunehmen, wo die Quellen selbst darüber keine Erwähnung enthalten. Aber dieser Einwand hält mich nicht ab, das, was aus der Natur der Sache folgt, zu behaupten.

Wenn wir uns nun zu den Ansichten der Rechtsgelehrten wenden, so werden wir finden, daß das hier aus dem Prinzip der Sache Entwickelte noch sehr streitig ist.

Mühlenbruch in seinem Werke „Cession der Forderungsrechte" §. 47. der 3. Aufl. ist der Meinung, daß, wenn ein ususfructus nominum bestellt wird, regelmäßig nur das Recht auf die Zinsen des Kapitals eingeräumt werden könne. — Ich nehme an dem Worte „regelmäßig" einen Anstoß. Die Sache verhält sich so, daß es von dem Eigenthümer einzig und allein abhängt, ob er den ususfructus mit oder ohne Mandat bestellen will. Bestellt er ihn ohne Mandat, so erwirbt der Usufructuar ein unmittelbares Gebrauchsrecht am Kapital.

Hoffmann behauptet gerade das Gegentheil von Mühlenbruch. Er meint, daß „es sich nicht wohl einsehen lasse, wie eigentlich von einem ususfructus nominum geredet werden könnte, wenn dem Usufructuar nicht das Recht zustehen sollte, die Hauptforderung selbst zu benutzen. Denn auch dem Usufructuar einer Sache gebührt ja nicht blos das Recht an den Früchten, sondern auch das Recht, die fruchttragende Sache selbstthätig zu gebrauchen, um nachher die entsprechenden Früchte davon ziehen zu können.“ Dies Argument Hoffmann's beweiset nichts, denn der Usufructuar kann unter Umständen ein bloßes Recht auf die fructus und zwar auf die fructus civiles haben. Dies tritt immer dann ein, wenn der ususfructus dem Gebrauche nach einem Andern überlassen wird. — Nicht besser ist das weitere Argument Hoffmann's, wenn er sagt: „wäre die Ansicht gegründet, daß der ususfructus nominum dem Usufructuar ein bloßes Recht auf die Zinsen geben könnte, so würde demselben überhaupt kein Recht zustehen, wenn das Kapital von dem Besteller des ususfructus unverzinslich ausgeliehen worden wäre.“ — Aber daraus, daß es Fälle geben kann, wo Jemand ein Kapital ohne Zinsen ausleiht, folgt nicht dies, daß ein ususfructus nominum ohne Mandat überhaupt nicht bestellt werden kann; es folgt vielmehr daraus nur dies, daß es Niemandem, der bei Sinnen ist, je einfallen wird, den ususfructus nominum ohne Mandat alsdann zu erwerben, wenn das Kapital ohne Zinsen ausgeliehen wurde.

Hoffmann beruft sich auch auf das Fragm. 24. de usu et usufr. und glaubt, daß dieses seine Ansicht unterstützt: dies ist aber nicht der Fall. — Der Jurist führt in dem citirten Fragment folgenden Gedanken durch: Wenn der Frau ein ususfructus am gesammten Vermögen des Mannes legirt wird, so erwirbt sie dadurch auch die Kapitalien, welche der Mann ausgeliehen hat. Aber den ususfructus an Kapitalien erwirbt sie natürlich — da

das Kapital eine res quae usu consumitur ist — erst nach geleisteter Caution. Die nächste Frage ist nun diese, was mit den Zinsen von dem Kapital geschieht, welche vor der Cautionsleistung fällig geworden sind, also in einer Zeit, wo die Frau als Nießbraucherin noch kein Recht am Kapital hatte? Diese Frage entscheidet der Jurist auf eine ganz naturgemäße Weise. Er sagt: die Frau kann dieselben als Zinsen nicht erwerben, denn der Erwerb der Zinsen ist vor dem Erwerbe des Nießbrauchs an dem Kapital unmöglich. Sie kommen vielmehr als ein besonderes Kapital in Betracht, da alle Gelder, welche nicht als Zinsen gelten, als Kapital gelten müssen, und die Frau erwirbt an ihnen den ususfructus als am besondern Kapital. Sie muß daher auch für dieselben eine besondere Caution leisten. Und zwar erwirbt die Frau darum an ihnen den ususfructus, weil sie zu der Vermögensmasse gehören und ihr der Nießbrauch an dem gesammten Vermögen des Mannes legirt wurde. Ganz anders verhält sich die Sache, fährt der Jurist fort, wenn ein bloßer ususfructus nominum Jemandem legirt wurde. In diesem Falle erwirbt der Legatar nur den ususfructus am Kapital, dagegen erwirbt er an den vor geleisteter Caution fälligen Zinsen des Kapitals weder das Eigenthum noch den Nießbrauch. Das Eigenthum an denselben erwirbt er darum nicht, weil er sie als Zinsen von dem Kapital nicht erwerben kann, da der Nießbrauch an dem Kapital erst nach geleisteter Kaution erworben wurde. Den Nießbrauch an denselben als am Kapital erwirbt er darum nicht, weil ihm nur ein bestimmtes nomen legirt wurde. Zu allerletzt fügt der Jurist den Gedanken hinzu: aber die usurae ex mora fallen dem Usufructuar eines einzelnen nomen zu. Dieser letzte Satz scheint mir nur dann richtig zu sein, wenn man die usurae ex mora als bereits nach der geleisteten Caution entstanden sich denkt, denn die usurae ex mora, welche vor

geleisteter Caution, also vor dem Erwerbe des ususfructus fällig geworden sind, kann er auf keinen Fall erwerben.

## Ueber den ususfructus omnium bonorum, d. h. den ususfructus am ganzen Vermögen.

Wird ein ususfructus an dem gesammten Vermögen vermacht, so müssen zuerst alle Schulden von der Vermögensmasse abgezogen werden, da nur dasjenige Vermögen einer Person heißt, was nach Abzug ihrer Schulden bleibt.

Fragm. 48. eod.

Der Usufructuar hat dann an allen Sachen, welche zur Vermögensmasse gehören, einen Nießbrauch, mögen dieselben sich schon gegenwärtig im Vermögen befinden, oder von einem Dritten geschuldet werden.

So wie unter universa bona [69]) die Summe aller einzelnen im Vermögen enthaltenen Sachen zu verstehen ist, so ist auch der ususfructus bonorum als Summe vieler besondern Usufructe zu betrachten. Es sind so viele besondere ususfructus in einem ususfructus bonorum enthalten, als sich besondere Sachen in dem Vermögen einer Person befinden. Dies bringt den praktisch sehr wichtigen Satz mit sich, daß für einen jeden ususfructus die Verjährungszeit besonders abläuft.

Auch in Bezug auf die Cautionsleistung muß der Grundsatz festgehalten werden, daß dieselbe von allen einzelnen ususfructus geleistet wird; denn wenn sie auch im Ganzen geleistet wird, so wird dabei von den einzelnen

---

69) Der Gegensatz von omnia bona heißt haereditas. Die haereditas ist nicht wie die omnia bona die Summe aller einzelnen in der gesammten Vermögensmasse enthaltenen Sachen, sondern sie ist ein idealer Begriff, also eine Gedankentotalität, nicht so wie die Summe ein bloßes Zahlenganzes.

Usufructen nicht abstrahirt. Die Leistung derselben im Ganzen ist nur so zu verstehen, daß man sie als Summe einzelner Cautionsleistungen leistet.

## B. Der Usus.

Usus ist das Recht der Person, einen unmittelbaren Vortheil aus der Sache innerhalb bestimmter Grenzen zu ziehen. Negativ kann der usus definirt werden als das beschränkteste materielle Recht der Person an der Sache. Es sind 4 Arten von Objecten, die zum usus übergeben werden können, zu unterscheiden:

a) solche Gegenstände, welche gar keine natürliche Früchte tragen;

b) solche, welche Früchte tragen, deren Hauptbestimmung aber der Fruchtertrag nicht bildet, z. B. das Mutterpferd;

c) solche, bei denen der Fruchtertrag der Hauptvortheil, Hauptgewinn ist, die aber doch auch außerdem nützlich gebraucht werden können, z. B. ein ländliches Grundstück, auf welchem man auch wohnen kann, also eine villa;

d) solche, welche außer dem Fruchtertrage keinen andern Gewinn abwerfen, dahin gehört z. B. ein Stück Land, wo kein Wohngebäude sich befindet.

Der Usuar, einer nichtfruchttragenden Sache hat ein volles Gebrauchsrecht derselben. So kann er die Ochsen zu jeder passenden Arbeit verwenden.

Dasselbe gilt auch von Sclaven, die ihm übergeben wurden.

Fragm. 14. cod.

Hat er den usus an einem Hause erworben, so steht ihm demgemäß die Befugniß zu, dasselbe sammt seinen Hausgenossen zu bewohnen, zu denen die Familie des Berechtigten, d. h. seine Kinder, Frau, Sclaven, ferner die

liberti, der hospes, ja nach der Meinung des Labeo sogar der inquilinus, zu rechnen ist.

Fragm. 2. §. 1. de usu.

Nach dem Fragm. 11. eod. darf der Usuar für die Aufnahme eines Gastes sogar Geld empfangen. Jedenfalls aber stehet fest, daß der Hauptzweck des usus in dem Selbstbewohnen bestehen muß, daß also der Usuar keine Erwerbsquelle aus der Vermiethung des Gebäudes machen darf.

Hat Jemand den usus an einem Gegenstande der zweiten Art erworben, so hat er ebenfalls das volle Benutzungsrecht desselben. Hat er den usus an einem Mutterpferde erworben, so kann er dasselbe zum Fahren, Ziehen der Lasten und zum Reiten gebrauchen.

Wird ihm eine Schafheerde legirt, so hat er das Recht auf den Mist, ja nach der Meinung Ulpians auch auf das modicum lactis[70]) d. h. auf soviel Milch, als er verbraucht, dies letztere aber nur dann, wenn der usus ihm legirt wurde. Diese Entscheidung gründet Ulpian darauf, daß die voluntates defunctorum eine stricta interpretatio nicht zulassen.

Fragm. 12. §. 2.

Was den usus einer silva anbelangt, so sollte streng genommen der Usuar nur das Recht auf den Holzschlag zum eigenen Bedarf, nicht auch auf den Holzschlag zum Verkaufe haben. Indessen hat Hadrian verordnet, daß dem Usuar aus Billigkeitsrücksichten auch das Recht, Holz zu verkaufen, zugestanden werden soll. Es ist aber anzunehmen, daß nach dem Willen Hadrians der Usuar nur unter besondern Umständen dieses Rechts theilhaftig sein soll, nämlich nur dann, wenn der legirte Wald soweit von seinem Wohnsitze entfernt ist, daß das Verbot des Verkaufs das Legat zu einem unnützen machen würde, indem

---

70) So ist nämlich gewiß, wie schon Donellus bemerkt, das modicum lactis zu verstehen.

der Transport des Holzes bis zum Wohnsitze entweder ganz unmöglich oder mit zu großen Kosten verbunden wäre. Diese Annahme rechtfertigt sich durch die Worte des Fragm. 22. eod.

„quia nisi liceret legatario caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet nihil habiturus esset ex eo legato.“

So viel scheint mir aber unzweifelhaft zu sein, daß der usus der silva unter den genannten Umständen vom Hadrian nur in Bezug auf die Art und Weise der Ausübung dem ususfructus gleichgestellt wurde, nicht auch in Bezug auf den Umfang der Rechte, mit andern Worten glaube ich, daß der Usuar nur soviel Holz verkaufen kann, als er selbst zu verbrauchen im Stande wäre.

Wenn der usus an einem Gegenstande der dritten Art bestellt wird, so sollte der Usuar nach der Strenge des Rechts nur die Befugniß auf den Gebrauch der Sache, nicht auch die Befugniß auf den Fruchterwerb haben. Indessen wird aus Billigkeitsrücksichten dem Usuar einer villa außer dem Vortheile der Wohnung das Recht auf den Gebrauch des Holzes, des Obstes, des Gemüses, der Blumen, des Wassers, des Strohes, ja sogar — was freilich Nerva bestreitet, aber andere Juristen, wie Sabinus, Labeo und Proculus bejahen — auf den Gebrauch der Oliven, der Blätter und des Getreides zugestanden.

Fragm. 12. §. 1. eod.

Was diejenigen Gegenstände, bei denen der Fruchtertrag die einzige Bestimmung ist, anbelangt, so erwirbt der Usuar das Recht, soviel Früchte zu sammeln, als er verbrauchen kann.

Zu allerletzt ist noch zu erwähnen, daß der Usuar eines Pferdes nach dem Fragm. 12. §. 4. eod. unter Umständen auch das Recht hat, dasselbe zu vermiethen, nämlich dann, wenn derselbe aus dem Vermiethen der Pferde ein Gewerbe macht.

Der Grund liegt offenbar in der Anwendung des Satzes, qui tacet consentire videtur, d. h. darin, weil man aus dem Stillschweigen des Eigenthümers geschlossen hat, daß er darin gewilligt hat.

## Ueber die Pflichten des Usuars.

Da der Usuar weniger Rechte an der Sache hat, wie der Usufructuar, so war es natürlich, ihn zu geringerem Aufwand zur Erhaltung der Sache, wie den Usufructuar zu verpflichten. So werden die ordentlichen Reparaturen des Gebäudes, die Bestellungskosten des Grundstücks und die Abgaben nicht von ihm allein getragen, sondern gemeinschaftlich von ihm und dem Eigenthümer.

Fragm. 18. de usu et habit.

## Ueber den usus an verzehrbaren Gegenständen.

So wie es einen uneigentlichen ususfructus, einen quasi ususfructus giebt, so gibt es auch einen uneigentlichen, anomalischen usus. Dies ist der usus an den verzehrbaren Sachen. Das Anomalische eines solchen usus zeigt sich auch darin, daß derselbe sich von dem ususfructus nur dem Namen nach unterscheidet, daß er also im Grunde genommen, und wenn man von dem Namen abstrahirt, ein quasi ususfructus ist.

Fragm. 5. §. 2. de usufr. ear. rer.

Der Usuar ist in diesem Falle zur Cautionsleistung ebenso wie der Usufructuar verpflichtet, welche Cautionsleistung auf die Rückgabe der Sache in genere geht.

Fragm. 10. §. 1. eod.

## C. Ueber die habitatio.

Die habitatio ist ein Recht der Person auf die Bewohnung eines fremden Hauses. Dieselbe wurde in den

älteren Zeiten nach Analogie des usus beurtheilt, so daß dem Berechtigten nicht gestattet wurde, das Haus zu vermiethen, wenn ihm auch so wie dem Usuar das Recht zukam, Fremde selbst gegen Vergütung in das Haus aufzunehmen.

**Fragm. 10. 7. 8.**

Später entstand eine Controverse unter den römischen Juristen, ob nicht auch dem Berechtigten gestattet werden sollte, das Haus nach Analogie des ususfructus zu vermiethen, welches von den Einen bejaht, von den Andern verneint wurde. Justinian entschied sich für die Ansicht der Ersteren in der Const. 13. eod. de usufr. et habit. Cf. et §. 5. eod. wo er die habitatio als ein jus proprium erklärt neben dem usus und ususfructus.

Die habitatio charakterisirt sich dadurch, daß sie weder durch non usus, noch durch die capitis deminutio untergeht.

Fragm. 10. 8. 8.

Dies ist ein Privilegium, welches sich daraus erklärt, daß man die habitatio, da sie meistens nur an bedürftige Personen überlassen zu werden pflegte, von dem Gesichtspunkte des Billigkeitsprincips aus beurtheilte. Ueberhaupt mag wohl ursprünglich — was sich freilich später geändert hat und was für's Justinianische Recht am allerwenigsten anzunehmen ist — das Rechtsinstitut kein streng rechtliches gewesen sein, wie dies aus dem Fragm. 10. IV. 5. hervorgeht, in welchem ein Gegensatz gemacht wird zwischen dem, was in jure consistit, und zwischen dem, was in facto consistit, also zwischen einem streng rechtlichen, und einem blos factischen auf Wohlwollen des Eigenthümers beruhenden Rechtsverhältniß [71]). Dies wird auch in dem Fragm. 32. de donat. angedeutet:

---

[71]) Hoffmann §. 57. faßt den Gegensatz des legatum in facto consistens von dem legatum in jure consistens ganz falsch auf. Er versteht unter den Worten „habitatio in facto potius consistit quam in jure“ dies, daß dieselbe mehr als etwas factisches, objectives, als ein

„hospitio illo, quamdiu volueris, utaris superioribus diaetis omnibus gratuito: idque te ex mea voluntate facere, hac epistola notum tibi facio.

wo der Gegensatz des streng Rechtlichen und des auf bloßem persönlichen Wohlwollen des Eigenthümers Beruhenden noch deutlicher hervorgehoben wird. Auch die weiteren Worte dieses Fragments, welche so lauten:

„Quaero an haeredes ejus habitationem prohibere possint? Respondet secundum ea, quae proponerentur, haeredes ejus posse mutare voluntatem,“

sind von allerhöchster Wichtigkeit für die historische Entwickelung der habitatio. Denn daraus geht hervor, daß die habitatio in den frühern Zeiten, da sie sich nicht auf einen rechtlichen Titel stützte, sondern nur auf dem rein persönlichen Wohlwollen des Eigenthümers beruhte, von dem haeres desselben, — wenn man den rechtlichen Gesichtspunkt allein festhält, von welchem allein der Jurist in diesem Fragmente spricht — nicht anerkannt zu werden brauchte. [72])

Es ist aber anzunehmen, daß dies nur von dem rechtlichen Gesichtspunkte aus der Fall war, und daß der haeres von dem höheren sittlichen Gesichtspunkte aus die moralische, durch die Pietät gebotene Pflicht hatte, den Willen

---

durch wiederholte Handlungen sich äußerndes Gebrauchsrecht gilt, und leitet daraus den Umstand ab, daß die römischen Juristen in derselben das Eigenthum fanden. Hier ist zunächst der Gegensatz falsch aufgestellt, denn dem Factischen kann ja nur das Juristische, das Rechtliche entgegenstehen. Ueberhaupt kann sowohl das Factische als das Rechtliche sich durch wiederholte Handlungen äußern. Dann ist mir unerklärlich wie Hoffmann darauf kommt, daß er in der Art und Weise der Ausübung der habitatio einen Schlüssel für die Erklärung des Umstandes findet, daß die habitatio mit dem Eigenthum verglichen wird.

[72]) Diesem steht das Fragm. 27. eod. nicht entgegen, denn in diesem Fragmente entscheidet Papinian die Sache zu Gunsten des habitator gegen die Erben des Eigenthümers darum, weil er die habitatio nicht als eine mera donatio, sondern als eine Renumeration des officium magistri betrachtet. Anders erklärt die beiden Stellen Savigny in der Zeitschr. f. G. Rw. B. IV, S. 46. fgg.

des Testators zu respectiren und ein legatum habitationis nicht anzugreifen. Dies ist freilich insofern nur eine Hypothese, als keine Quellenzeugnisse dafür reden. Aber das muß zugestanden werden, daß es eine nach dem Geiste des römischen Familienrechts sehr wahrscheinliche Hypothese ist.

Es kann noch eine Frage entstehen über das Verhältniß zwischen den früheren gesetzlichen Bestimmungen, in welchen verordnet wurde, daß die habitatio durch non usus nicht untergehen solle, und zwischen der Const. 13. Cod. de servit., wo man die Worte liest:

„ — ita et in caeteris servitutibus statuendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, — sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus hujus modi rebus causa similis, differentiis explosis.“

Ist nun nach dieser Const. auch die habitatio der 10-jährigen Verjährung unter Anwesenden und der 20-jährigen unter Abwesenden unterworfen? Nach einer nähern Prüfung muß man, glaube ich, zu der unzweifelhaften Ueberzeugung kommen, daß Justinian in dieser Constitution nur die frühere kurze, zweijährige Verjährungsfrist verlängern, und daß er also die habitatio der Verjährung durch non usus gar nicht unterwerfen wollte. Denn sonst hätte er doch die habitatio erwähnen, oder wenigstens die Beziehung auf dieselbe in irgend einer Weise andeuten müssen.

## Ueber die Rechte und Pflichten des habitator.

Der habitator hat nicht allein das unmittelbare Gebrauchsrecht auf das Wohngebäude, sondern auch an allem, was zu demselben als Pertinenz gehört, also ein Recht, die Keller, die Küche, den Speicher, ja gewiß auch ein Recht, den Garten zu gebrauchen.

Was die Pflichten anbetrifft, so liegen ihm die nämlichen Verpflichtungen ob, wie dem Usuar, er muß also die Reparaturkosten gemeinschaftlich mit dem Eigenthümer nach Verhältniß seines Rechts tragen.

## D. Von den operae servorum.

Die operae servorum haben nicht allein die Anomalie mit der habitatio gemein, daß sie weder per non usum, noch per capitis deminutionem erlöschen, sondern bei ihnen tritt noch die Anomalie hinzu, daß sie auf den Erben des Berechtigten übergehen.

Fragm. 2, 33. 2.

Die servi brauchen nicht unmittelbar von dem Berechtigten selbst benutzt zu werden, er kann sie auch für einen bestimmten Preis an Andere vermiethen und so einen mittelbaren Vortheil aus denselben ziehen. Der Grund davon drückt das Fragm. 2. eod. folgendermaßen aus:

" — et quoniam ex operis mercedem legatarius percipere potest, etiam operes ejus ipse locare poterit."

Dasselbe, was in Bezug auf die Const. 13. Cod. de servit. bei der habitatio gesagt wurde, muß auch in Bezug auf die operae servorum wiederholt werden, nämlich, daß diese Const. jene frühere Bestimmung, wonach die Erlöschung durch den non usus bei denselben ausgeschlossen wurde, nicht außer Kraft gesetzt hat.

## Ueber die Untheilbarkeit der Servituten.

Die Servituten, welche mit Ausnahme des ususfructus absolut[73]) untheilbar sind, unterscheiden sich in dieser Beziehung eben sowohl von dem Eigenthum, als von der

---

[73]) Nur bei dem Satze: „sibi quisque dominorum usurpat servitutem sibi non utendo deperdit" (cf. Fragm. 6. §. 1. quemadm. servit. amitt.) wird die Theilbarkeit der Servituten ausnahmsweise aus Billigkeitsrücksichten fingirt.

haereditas, indem diese nach bestimmten Richtungen hin als theilbar erscheinen.

Von dem Eigenthum unterscheiden sich dieselben insofern, als dieses zwar corpore und dem Gebrauche nach[74]) untheilbar ist, aber intellectu, dem Werthe nach, getheilt werden kann.[75])

Von der haereditas unterscheiden sich die Servituten darin, daß jene zwar im subjectiven Sinne untheilbar ist, aber im objectiven Sinne, da doch partes concursu fiunt, als theilbar gedacht werden muß.

Die Untheilbarkeit der Servituten quoad usum erklärt sich auf dieselbe Weise, wie die Untheilbarkeiten des Eigenthümers quoad usum, nämlich aus der factischen Unmöglichkeit, sie theilweise auszuüben. Was die Untheilbarkeit intellectu, dem Werthe nach, anbetrifft, so soll sich dieselbe aus folgender Betrachtung erklären: Beim Eigenthum sind zwei Dinge zu unterscheiden:

a) der Geldwerth der Sache;
b) der Gebrauchsvortheil aus der Sache, also die Früchte im weitesten Sinne des Wortes, welche der Eigenthümer erwirbt.

Sind nun mehrere condomini vorhanden, so theilen sich dieselben pro rata parte ihres Antheils:

a) in den Geldwerth der Sache;
b) in den Geldwerth für die Früchte der Sache.

Bei der Emphyteusis superficies und ususfructus

---

74) Das Eigenthum ist darum dem Gebrauche nach untheilbar, weil sich die Miteigenthümer in die materiellen Eigenthumsrechte nicht theilen, sondern dieselben gemeinschaftlich ausüben. Ja, wenn man auf den Grund der Sache tiefer eingeht, so wird man sich überzeugen, daß der condominus darum *corpore* die ganze Sache beherrscht, weil er alle Eigenthumsrechte mit andern condomini gemeinschaftlich ausübet, mit andern Worten wird man sich überzeugen, daß die Untheilbarkeit des Eigenthums dem Gebrauche nach, sich so zu der Untheilbarkeit desselben quoad corpus verhält, wie Grund zur Folge.

75) Fragm. 66. §. 2. in fine de leg.

kann nur von der Theilung mehrerer Berechtigter in den Geldwerth für die Früchte der Sache die Rede sein; denn da die Substanz der Sache einem Andern gehört, so können sie sich in den Geldwerth der Sache nicht theilen.

Bei den Servituten kann nicht einmal von der Theilung Mehrerer in den Geldwerth für die Früchte der Sache die Rede sein, denn da der Vortheil aus der Servitut unmittelbar benutzt werden muß und somit gegen Geld nicht verwerthet werden darf, so folgt von selbst, daß auch von der Theilung in den Werth füglich nicht geredet werden kann.

Man kann aber die Untheilbarkeit der Servituten dem Werthe nach, noch von einem andern Gesichtspunkte aus erklären. Man kann nämlich auch so argumentiren: Da die Servituten die Beziehung auf ein einzelnes Subject enthalten, und so die Concurrenz mehrerer Berechtigter bei denselben ausgeschlossen ist, so folgt von selbst, daß sie dem Werthe nach untheilbar sein müssen. Beiläufig sei bemerkt, daß in dem Fragm. Pomp. bei Cramer in Hugo's Mag. IV. 1.

„et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur naturam ejus corrumpat,“

nur die Untheilbarkeit der Servituten quoad usum erklärt wird.

Hoffmann geht von dem Gesichtspunkte aus, daß die Untheilbarkeit nur im Wesen der Prädialservituten liege; dieselbe sei, meint er, daraus abzuleiten, daß die beiden praedia, auf welche sich die Servitut bezieht, als Individuen, das eine als das dienende Individuum, das andere als das berechtigte Individuum, mithin als etwas Untheilbares sich darstellen. Abgesehen davon, daß die beiden praedia als Subjecte nur in einem uneigentlichen Sinne fingirt werden, so vermag ich nicht den allergeringsten Zusammenhang zwischen ihrer Subjectivität, oder vielmehr zwischen der Untheilbarkeit derselben, und zwischen der Untheilbarkeit der Servitut zu

finden. Denn aus der Untheilbarkeit der praedia folgt nur dies, daß die Servitut weder für einen idealen Theil, noch an einem idealen Theile des Prädiums bestellt werden darf; es folgt aber nicht, daß es unmöglich ist, eine pars servitutis für das ganze, oder an dem ganzen praedium zu bestellen, so lange nicht aus andern Gründen erwiesen wird, daß die Prädialservituten untheilbar sind. Indem Hoffmann die Untheilbarkeit der Servituten aus der Untheilbarkeit der praedia, oder mit andern Worten aus der Unmöglichkeit, eine Servitut für eine pars indivisa des Prädiums zu bestellen, ableitet, so sollte man glauben, daß er weit davon entfernt ist, den Irrthum vieler Rechtsgelehrten zu theilen, welche umgekehrt aus der Untheilbarkeit der Servituten die Unmöglichkeit der Bestellung einer Servitut für einen idealen Theil des Prädiums folgern. Indessen Hoffmann behauptet ganz dasselbe in folgenden Worten: „die Servituten sind untheilbar, sie können also für einen idealen Theil eines Prädiums oder an einem idealen Theile weder erworben, verloren, noch ausgeübt werden.“ Hieraus sieht man am deutlichsten, wie wenig logisch zusammenhängend die Hoffmann'sche Ansicht ist. — Dann ist noch ein Punkt an der Hoffmannschen Auffassung zu tadeln: Wenn Hoffmann die Untheilbarkeit der Servituten, aus der Subjektsqualität der praedia, oder vielmehr aus der — wie er meint — sich daraus ergebenden Untheilbarkeit der praedia erklärt, so denkt er an einen Fall, an welchen Niemand, wenn er über die Untheilbarkeit der Servituten spricht, denken kann. Denn unter der Untheilbarkeit der Dienstbarkeiten versteht man nicht dies, daß die Servitut weder an einem idealen Theile, noch für einen idealen Theil des praediums bestellt werden kann, sondern man meint damit dies, daß die Servitut pro parte mehreren praedia, von denen jedes als ein Ganzes gilt, nicht zukommen kann.

Was die Personalservituten anbetrifft, so sind diesel-

ben nach Hoffmann's Meinung an sich theilbar, „denn hier erscheine die Sache, an welcher die Servitut besteht, nicht als ein eigentlich verpflichtetes Subject dem Servitutberechtigten gegenüber, sondern als ein Object an sich theilbarer Rechte. So genieße der Inhaber des ususfructus an einem idealen Theile einer Sache die Vortheile und Rechte des ususfructus nach Verhältniß seines Antheils. Wenn daher der usus untheilbar ist, so sei dies aus ganz andern Gründen zu erklären. Er sei nämlich nicht darum untheilbar, daß dessen Theilbarkeit der Zeit und dem Raume nach unmöglich sei, da doch die Wirkung eines theilweisen usus sich in der Theilung des aus der Sache zu ziehenden Vortheils äußern könnte. Aber er sei darum untheilbar, daß es nicht gut möglich ist bei der Ausübung desselben eine solche Theilung zu treffen, nach welcher der Usuar einen der Größe des bestellten usus entsprechenden Vortheil ziehen kann, indem der Vortheil keinen so bestimmten Umfang hat, daß eine Theilung in bestimmte Theile möglich wäre." Es ist augenscheinlich, daß Hoffmann die Sache von dem richtigen Gesichtspunkte nicht aufgefaßt hat.

Schrader geht von der irrigen Grundidee aus, daß man durch das Princip der Untheilbarkeit die Präsidialservituten ursprüglich habe beschränken wollen, daß also dieselbe gar nicht in ihrer innersten Natur begründet ist. Was die meisten Juristen über die Untheilbarkeit der Servituten denken, weiß man nicht, denn die Meisten schweigen darüber ganz.

---

## Folgerungen, welche sich aus der Untheilbarkeit der Servituten ergeben.

Was am meisten auffällt, wenn man die betreffenden Schriften der Rechtsgelehrten liest, ist der Umstand, daß die-

selben manche Sätze des römischen Rechts, welche aus ganz andern Gründen zu erklären sind, aus der Untheilbarkeit der Servituten zu erklären suchen. Dieser Fehler, der so gewöhnlich ist, hat sich wie eine Erbkrankheit von dem Einen auf den Andern vererbt.

Meiner Meinung nach ergeben sich nur folgende Sätze aus der Untheilbarkeit der Servituten:

1) daß Niemand eine Servitut pro parte erwerben und verlieren kann;
2) daß das richterliche Urtheil, eine exceptio rei judicatae für alle oder gegen alle condomini erzeugt.
   Fragm. 4. §. 3. si servit. vindic.
3) daß, wenn eins der praedia, das herrschende oder das dienende, getheilt wird, an der Servitut dadurch nichts geändert wird, sondern dieselbe für alle Theile zusammen, also für das Ganze, gilt; [76])
   Fragm. 23. §. 3. de S. P. R.
4) daß die ganze Servitut erhalten wird, wenn dieselbe auch nur theilweise gebraucht werden sollte.
   Fragm. 2. quemadmodum servit amittit.
5) daß eine theilweise ademptio servitutis ungültig ist;
   Fragm. 11. de servit.
6) daß keine theilweise acceptilatio und keine theilweise

---

[76]) Schrader stellt die Ansicht auf, daß in dem vorausgesetzten Falle eine Ausnahme von dem Prinzip der Untheilbarkeit entstehe, indem für jedes einzelne Stück des Grundstücks eine besondere Servitut entstehe. Er beruft sich auf die Schlußworte des Fragm. 23. §. 3. de S. P. R. und übersieht, wie Vangerow richtig bemerkt, daß Paulus mit den Worten tamen opus est, ut hi, qui non proximas partes servienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi divisi jure habeant, aut si proximi patiantur transeant nur eine factische Voraussetzung für die Ausübung der Servitut ausgesprochen hat. Außerdem beruft sich Schrader auf das Fragm. 25. de S. P. R. — Aber auch dies unterstützt seine Meinung nicht, indem in diesem nicht von einer Theilung der Servitut, sondern nur von einer Theilung des Ertrags der servitus aquaeductus unter Mehrere die Rede ist.

Befreiung von einer obligatio ad servitutem constituendam möglich ist;

Fragm. 13. §. 1. acceptil.

7) daß die obligatio ad servitutem constituendam ganz ungültig wird, wenn Jemand, nachdem er sich eine Servitut versprechen ließ, noch vor der wirklichen Bestellung derselben einen Theil seines Prädiums veräußert hat;

Fragm. 11. de servit.

8) endlich erklärt sich dies aus der Untheilbarkeit der Servituten, daß dieselben nicht erlöschen, wenn der Eigenthümer des herrschenden praedium's Miteigenthümer des dienenden oder umgekehrt, wenn der Eigenthümer des dienenden Miteigenthümer des herrschenden praedium's wird.[77])

Fragm. 3. §. 1. de servit.

Die Fortdauer der ganzen Servitut gründet sich in diesem Falle darauf, daß der Grund der Erlöschung nur pro parte vorhanden ist, eine pars servitutis aber nicht erlöschen kann.

Der Satz, wonach der Miteigenthümer die Servitut einseitig weder erwerben, noch bestellen kann,

Fragm. 2. de servitut.

folgt nicht aus der Untheilbarkeit der Servituten — wie das gewöhnlich behauptet wird — was schon daraus hervorgeht, daß sonst der ususfructus, welcher theilbar ist, von einem condominus einseitig hätte bestellt oder erworben werden können. Er folgt vielmehr aus der Untheilbarkeit, des Miteigenthumes quoad corpus in Verbindung mit dem Satze, daß die Servitut nicht an einem Quotenantheil bestellt wird, welcher einem condominus mit Ausschluß

---

77) Schrader sieht die Nichterlöschung der Servitut in diesem Falle als eine Ausnahme von dem Prinzip der Untheilbarkeit an. Diese Ideencombination begreife ich nicht.

der übrigen condomini zukommt, sondern an der ganzen Sache in ihrer concreten körperlichen Realität, die von den condomini communiter beherrscht wird.

Fragm. 23. §. 3. de S.P.R.

Denn so wie sonst überall ein einseitiger Erwerb nur dann gestattet wird, wenn die Mitinteressenten darin expressim oder tacite einwilligen [78]), so muß auch hier, wo es sich um den gemeinschaftlichen Erwerb einer Servitut handelt, dieselbe Regel zur Anwendung kommen.

Ganz auf die nämliche Weise erklärt sich, daß ein condominus eine obligatio ad servitutem constituendam weder activ noch passiv einseitig eingehen kann. [79])

Aus der Untheilbarkeit der Servituten in Verbindung

---

[78]) Tritt nun ein solcher Fall ein, daß einer der condomini an dem gemeinschaftlichen Prädium die Servitut bestellt, oder dieselbe für das gemeinschaftliche Prädium erwirbt, und die andern condomini nachträglich ihre Einwilligung ertheilen und so das eingegangene Rechtsgeschäft ratificiren, so fängt die Servitut in dem Zeitpunkte zu existiren an, wo der letzte Miteigenthümer eingewilligt hat.

Fragm. ult. com. praed.

Dies ist die strenge Meinung. Nach einer mildern Meinung wurde doch dem frühern Act einige Wirksamkeit beigelegt,

Fragm. 11. de. S. P. R. benignius tamen dicetur, ut antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt vetare uti cesso jure non posse."

Es bleibt übrig, noch einer positiven Bestimmung des Römischen Rechts Erwähnung zu thun, nämlich dieser, daß, wenn sämmtliche condomini, aber nicht inter vivos, sondern durch Legat eine Servitut bestellen, dieselbe nur dann als constituirt gelten solle, wenn die Erbschaft dieser sämmtlichen condomini ganz gleichzeitig angetreten wurde. Die ratio juris davon drücken die Römer in dem Fragm. 18. comm. praed. so aus:

„nec enim sicuti viventium ita et defunctorum actus suspendi receptum sit." —

[79]) Aus dem nämlichen Grunde ist auch die Ungültigkeit des Vertrages zu erklären, durch welchen sich Jemand eine Servitut versprechen ließ, falls er vor der Bestellung derselben einen Theil seines Grundstücks veräußert hat.

mit dem Satze, daß Niemand eine Servitut an seiner eigenen Sache oder für seine eigene Sache bestellen kann, leitet man auch den Umstand ab, daß ein Miteigenthümer die Servitut weder an seinem eigenen praedium zu Gunsten des gemeinschaftlichen Prädium's, noch am gemeinschaftlichen Prädium zum Vortheil seines eigenen Prädium's bestellen kann.

Fragm. 6. §. 3. comm. praed.

Aber auch dies ist unrichtig. Um die ratio juris, aus welcher die Bestellung der Prädialservitut unter den genannten Voraussetzungen unzulässig ist, klar zu machen, will ich drei Fälle unterscheiden:

a) die übrigen condomini haben ihrem Miteigenthümer den Auftrag gegeben, an dem praedium commune zum Vortheil seines praediums eine Servitut zu bestellen;
b) dieselben haben ihm den Auftrag ertheilt, eine Servitut an seinem praedium zu Gunsten des praedium commune zu errichten;
c) derselbe constituirt die Servitut an dem praedium commune zum Vortheil seines eigenen Prädiums, oder an dem eigenen Prädium zum Vortheil des praedium commune, ohne den Auftrag der übrigen condomini erhalten zu haben.

In den zuerst genannten zwei Fällen kann die Servitut darum nicht bestellt werden, weil dieselbe dem bekannten Rechtssatze „nemini res sua servit“ widersprechen würde, indem sie alle condomini solidarisch binden oder verpflichtet machen würde, also nicht allein diejenigen, welche den Auftrag zur Bestellung derselben gaben, sondern auch denjenigen, welcher den Auftrag erhielt.

In dem zuletzt genannten dritten Falle ist die Bestellung der Servitut außerdem noch darum unzulässig, weil Niemand ein gemeinschaftliches Prädium ohne die Einwilligung der Mitinteressenten weder berechtigt machen noch verpflichten kann.

## Begriff der Tradition überhaupt und speciell die Tradition der Servituten.

Der traditio liegt folgender Gedanke zu Grunde, daß aus einem Vertrage, etwa Kauf, nur die obligatorische Verpflichtung des debitor zu einer bestimmten Leistung entspringt und daß dieses rein obligatorische Rechtsverhältniß erst durch das Hinzutreten der traditio zu einem dinglichen Rechtsverhältnisse, (Eigenthum, jus in re) geschaffen wird. [80])

Fragm. 20. C. de pactis. „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, *non nudis pactis transferuntur*.“

Fragm. 3. de O. et A. „obligationum substantia non in eo consistit, *ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat*.“ etc.

Die Tradition kann definirt werden als eine factische Manifestation des Willens des Tradirenden, durch welche er aus dem obligatorischen Verhältniß zu demjenigen, welchem die Sache tradirt wird, ausscheidet.*) Die Sache ist also die, daß zur Begründung eines dinglichen Rechtsverhältnißes durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zwei Willensäußerungen des Tradirenden erforderlich sind:

a) die Willensäußerung, zum debitor aus dem Vertrage zu werden;

b) die Willensäußerung, in welcher sich die Erfüllung des durch den Vertrag Versprochenen manifestirt.

---

80) Daß der traditio ein obligatorisches Rechtsverhältniß vorangehen müße, wird in dem Fragm. 31. de acquir. dom. ausdrücklich gesagt. Dasselbe lautet:

„numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.“ —

*) Noch genauer ist folgende Definition: die Tradition ist ein Act, wodurch der Wille geäußert wird, das zu erfüllen, was durch den Vertrag versprochen wurde.

Diesen Willensäußerungen des Einen correspondiren zwei Willensäußerungen des Andern, nämlich:

a) die Willensäußerung, ein creditor aus dem Vertrage zu werden;

b) die Willensäußerung, ein dingliches Recht zu erwerben.

Ein Vertrag entsteht, wenn die unter a) genannten beiderseitigen Willensäußerungen — ein jus in re oder Eigenthum, wenn außerdem die unter b) erwähnten Willensäußerungen Beider zusammentreffen.

Was die Art und Weise anbetrifft, in welcher die Willensäußerungen geäußert werden, so müssen die einen Vertrag begründenden unmittelbar ausgedrückt werden. Anders verhält sich die Sache mit den Willensäußerungen, welche ein dingliches Rechtsverhältniß schaffen. Diese geschehen nicht auf eine unmittelbare Weise, sondern manifestiren sich äußerlich durch concludente Thatsachen, aus welchen sie gefolgert werden.

Die ein dingliches Rechtsverhältniß schaffende Willensäußerung des Uebertragenden kann manifestirt werden

a) direct;

b) indirect.

Sie wird manifestirt direct, wenn der Tradent selbst bestimmte positive Handlungen vornimmt, um aus dem physischen Verhältnißе zu der Sache herauszutreten, damit, da bekanntlich plures eandem rem in solidum habere non possunt, der Erwerbende in dasselbe sich setzen könnte. Sie wird manifestirt indirect, wenn der Erwerbende sich bereits in einem physischen Verhältnisse zu der Sache befindet (dies tritt ein bei der brevi manu traditio[81]), oder wenn das

---

81) Die Art und Weise, wie Savigny Besitzlehre §. 19. die brevi manu traditio erklärt, ist zwar im Resultate richtig, aber theoretisch scheint sie mir doch nicht genau zu sein. Savigny sagt nämlich: die gewöhnliche traditio ist diejenige, wenn der Erwerbende in das physische Verhältniß zu der Sache erst treten muß, wo er also die Sache zu gleicher Zeit corpore et animo erwirbt. Die brevi manu traditio ist

physische Verhältniß sich nicht in einem äußern Zustande verkörpert, so daß das Heraustreten aus demselben gefolgert werden kann, wenn der Tradent den Erwerbenden an der Ausübung des dinglichen Rechts nicht hindert (dies tritt ein bei dem Erwerbe der Prädialservituten).

Die Willensäußerung des Erwerbenden geschieht, da sie sich durch das Eintreten in das physische Verhältniß manifestirt, immer auf eine directe Art.

## Ueber die Art der Ausübung der Servituten.

Es sind vier Arten von Dienstbarkeiten zu unterscheiden:

a) solche, welche dadurch ausgeübt werden, daß man dem Eigenthümer die Vornahme bestimmter Handlungen verbietet. Dahin gehören alle negativen Servituten;

b) solche, welche durch positive Handlungen ausgeübt werden — dahin gehören: iter, actus, aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus und die Weidegerechtigkeiten;

c) solche, welche durch einzelne positive Handlungen aber mit Hülfe bestimmter Anstalten die als Mittel zum Zwecke erscheinen, ausgeübt werden. Dahin gehören: via, aquaeductus, servitus calcis coquendae, arenae fodiendae, und servitus fumi immittendi;

d) endlich solche, welche, da sich ihr Zweck in einem bestimmten opus exstructum verkörpert, durch das

---

die, wenn er sich bereits in einem physischen Verhältnisse zu der Sache befindet, wenn also der animus zu dem corpus hinzutritt. — Da die traditio, nicht ein Erwerbsact des neuen Erwerbers, sondern ein Act der Uebergabe des Andern ist, so kann, glaube ich, dieselbe dadurch nicht charakterisirt werden, daß man sagt, was zum Erwerbe einer Sache von Seiten des Erwerbenden erforderlich ist; vielmehr muß dieselbe dadurch charakterisirt werden, daß man sagt, welche Handlungen der Uebertragende bei der Uebergabe der Sache brevi manu vorzunehmen hat.

Haben dieses opus ausgeübt werden — dahin gehören mit Ausnahme der servitus fumi immittendi alle affirmativen Gebäudeservituten.

Was die zur dritten Klasse gehörenden Dienstbarkeiten insbesondere noch anbetrifft, so lassen sich zwei Unterarten unterscheiden, nämlich:

a) solche Dienstbarkeiten, welche mit Hülfe einer bestimmten auf dem herrschenden Prädium befindlichen Anstalt ausgeübt werden — dahin sind zu rechnen: aqaeductus, fumi immittendi und stillicidii recipiendi;

b) solche, welche mit Hülfe einer auf dem dienenden Praedium befindlichen Anstalt ausgeübt werden — dahin gehören alle übrigen Servituten der dritten Klasse, also via, servitus cloacae, calcis coquendae und arenae fodiendae.

## Ueber den Besitz der Servituten.

Der Begriff der possessio findet ebenso wie der Begriff des Eigenthums streng genommen nur auf corpora Anwendung.

Fragm. 3. de poss. „possideri autem possunt, quae sunt corporalia.“ Fragm. 4. §. 27. de usurp. „quia nec possideri intelligitur jus incorporale.“ Fragm. 32. in fine de S. P. U. — „natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem habere, qui aedes possidet.“

Die possessio der Servituten ist aus drei Gründen unzuläßig:

a) weil zur possessio die detentio, also eine körperliche Ergreifung erforderlich ist, die Servituten aber körperlich nicht ergriffen werden können;

b) weil zur possessio ein animus dominii erforderlich ist, derjenige aber, welcher eine Servitut in Anspruch

nimmt, nicht den animus dominii, sondern den animus servitutem in re aliena habendi hat.

Fragm. 10. §. 5. de acq. rer. dom. „— usufructuarius servum non possidet — scit servum alienum esse;“

c) weil die possessio, da sie einen animus dominii voraussetzt, auch ein Objekt, auf welches sich dieser animus beziehen muß, mit voraussetzt, ein solches Objekt aber bei den Dienstbarkeiten mangelt.

Wenn Savigny §. 12. sagt: „wie man bei dem wahren Besitz zwar die Sache besitzt, aber nicht das Eigenthum, so sollte auch hier eigentlich nicht von dem Besitz der Servitut die Rede sein. Allein da wir kein anderes Wort haben, an welches wir hier den Besitz knüpfen könnten, so wie er im Eigenthum mit der Sache verknüpft ist, so bleibt nichts übrig, als diesen uneigentlichen Ausdruck zu gebrauchen;“ so denkt er an diesen dritten Grund. — Ich erlaube mir aber die Bemerkung, daß nicht allein der Ausdruck „Besitz der Servitut,“ sondern daß auch der Begriff des Besitzes der Servitut ein uneigentlicher ist.

Trotzdem aber wurde später, d. h. erst nach Gajus derjenige als possessor fingirt, welcher die Servitut ausübt. Der Grund dieser Fiction ist der, daß man dem Servitutinhaber die beiden Vortheile des Besitzes, nämlich den Schutz der Interdicte und die Möglichkeit der Ersitzung gewähren wollte.

## Ueber den Erwerb, Fortdauer und Verlust der quasi possessio.

Hier ist die allen Servituten gemeinsame Regel voranzuschicken, daß die quasi possessio ganz auf die nämliche Weise, wie die eigentliche possessio d. h. die possessio corporum, erworben, fortgesetzt und verloren wird. Sie wird erworben corpore et animo, nicht aber solo cor-

pore oder solo animo[82]). Sie wird fortgesetzt durch Stellvertreter.

Fragm. 3. §. 4. de acquir. vel amitt. poss.

Sie wird verloren aut solo corpore, aut solo animo.

Was den animus acquirendae possessionis betrifft, so offenbart sich derselbe in der Ausübung einer bestimmten Servitutenbefugniß als eines wirklich zukommenden Rechts.

Fragm. 25. quemadm. servit. amitt.

Der animus amittendae possessionis ist die Absicht, eine bestimmte Servitut verlieren zu wollen. Derselbe darf nicht eo ipso gefolgert werden, wenn Jemand die Ausübung einer bestimmten Befugniß während einer bestimmten kürzern oder längern Zeit unterbricht. Die ratio juris hiervon enthält das Fragm. 14. de servit.

„— *nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.*“

Was den Erwerb und Verlust der Servituten *corpore* anlangt, so ist zu unterscheiden zwischen den Personalservituten und zwischen den Prädialservituten. — Die quasi possessio der Prädialservituten wird *corpore* durch das Factum der Ausübung der Servitut erworben. Verloren wird sie durch eingetretene factische Unmöglichkeit, die Servitut auszuüben. —

Der Erwerb der quasi possessio bei den Personalservituten nach der physischen Seite hin involvirt zwar die Detention der Sache, aber er fällt nicht mit derselben zusammen. So erwirbt der Usufructuar z. B. eines Schmuckes durch die Verwahrung desselben nur die Detention; die quasi possessio wird erst dann erworben, wenn er den apprehendirten Schmuck zu gebrauchen beginnt.

---

82) Fragm. 3. de acquir. vel amitt. poss.

Somit ist derjenige, welcher eine Personalservitut erwirbt, beides

a) detentor der res corporalis;

b) quasi possessor der Servitut.

Als detentor der res corporalis besitzt er dieselbe naturaliter.

Fragm. 12. de acquir. vel amitt. poss. „naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet.“

und zwar alieno nomine, d. h. im Namen des Eigenthümers.

Was den Verlust der quasi possessio der Personalservituten nach der physischen Seite hin anbelangt, so fällt dieser wohl immer mit dem Verlust der Detention der res corporalis zusammen.

Zu allerletzt sind noch zwei wichtige Punkte hervorzuheben. Zunächst der Umstand, daß die quasi possessio aller Servituten überhaupt, mögen es Personal- oder Prädialservituten, Felddienstbarkeiten oder Gebäudeservituten sein, nur eine bonae fidei possessio sein kann. Entweder ist Jemand ein bonae fidei possessor der Servitut, oder er besitzt sie nicht. Daß der Besitzer der Servitut im guten Glauben sein muß, wird in dem Fragm. 25. quemadm. serv.

„servitute usus non videtur, *qui suo jure uti se credidit.*“

ausdrücklich gesagt und es ist offenbar falsch, wenn Wiederhold in seiner Schrift „Ueber das Jnterdictum Uti possidetis S. 17. in der ersten Note das Wort *credidit* nicht auf die bona fides, sondern auf den animus possidendi bezieht. Fast noch deutlicher geht dies aus dem Fragm. 7. hervor,

„si per fundum meum nec vi, nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque“

wo sogar demjenigen, welcher die Servitut mit dem Vorsatz ausübt, dies im Verhinderungsfalle zu unterlassen, das Interdictum abgesprochen wird. Cf. auch noch das Fragm. 1. §. 9. 10. de aqua quot. vel aest.

„Et qualiter sit constitutum jus aquae dicendum est hoc. interd. locum habere. Sed etsi jure aqua non debetur alicui *si tamen jure ducere se putavit* — dicendum est ut Interd. hoc uti possit; sufficit enim, si jure se ducere *putavit* nec vi, nec clam, nec precario duxit.“

§. c. 39. eod. „superiora interd. ad eos pertinent, qui a capite ducent, vel imposita servitute vel *quia putant impositam.*“ —

Dann muß auch dies besonders hervorgehoben werden, daß der Besitz der Servituten, da er in der Regel durch einzelne Handlungen, welche der Natur der Sache nach nur unterbrochen vorgenommen werden können, sich manifestirt, der Regel nach ein discontinuus ist. Hierin unterscheidet sich die quasi possessio der Servituten von der possessio rei corporalis, denn die letztere ist immer eine continua. Nur diejenigen Servituten, welche in opere exstructo consistunt, bilden hiervon eine Ausnahme, denn da sie sich in dem opus extructum, also in einer res corporalis verkörpern, so mußte hier ein analoges Verhältniß eintreten, wie bei der possessio corporalis des Eigenthümers, dessen Eigenthum sich in der körperlichen Sache, ebenfalls verkörpert, d. h. so mußte angenommen werden, daß deren possessio sich durch die factische Detention des opus, welche ihrer Natur nach ausschließend und ununterbrochen ist, manifestirt. Unterholzner meint (Verjährungslehre Bd. II. S. 115 — 129), daß die Gebäudeservituten, der Regel nach ununterbrochen und ausschließend besessen werden. Nur bei der servitus altius tollendi, luminibus officiendi, stillicidii vel fluminis avertendi trete, glaubt er, eine Ausnahme ein, indem

ihre possessio eine discontinua sei. Dies könne übrigens, fügt er hinzu nicht auffallen, denn diese Ausnahme erkläre sich hinlänglich daraus, daß die genannten Dienstbarkeiten an sich anomalischer Natur seien und indem sie von der Regel: servitus servitutis non datur abweichen, als eigentliche Dienstbarkeiten nicht gelten können.

Dagegen ist folgendes zu sagen:

a) müssen die 3 genannten Servituten als eigentliche Servituten angesehen werden; (S. 36. u. 37).

b) ist auch die possessio der servitus altius non tollendi, ne luminibus officiatur, stillicidii recipiendi und fumi immittendi eine discontinua.

Unterholzner sucht zwar das Gegentheil zu beweisen, aber ohne allen Erfolg. Die servitus altius non tollendi scheine zwar auf den ersten Blick, meint Unterholzner, discontinue besessen zu werden, indem der Eigenthümer seinen Luftraum, wenn auch nicht durchs Höherbauen, so doch durch Bepflanzung mit Strauchwerk benutzen zu können scheine. Indessen sei dies aus zwei Gründen nicht der Fall:

a) darum, weil es unwahrscheinlich ist, daß die Rücksicht auf die Möglichkeit eines bei dem jus altius tollendi dem Eigenthümer gelassenen Gebrauchs seines Luftraumes, die römische Ansicht von der Natur des Besitzes bestimmt haben sollte;

b) gehe wohl auch die servitus altius non tollendi nicht blos auf das Höherbauen, sondern auf jedes Erheben überhaupt, so daß also der Eigenthümer seinen Luftraum neben derselben nicht dominii jure, sondern nur jure servitutis altius tollendi benutzen könnte.

Das erste Argument ist ohne allen Haltpunkt. Wie ist es denkbar, daß der Erfahrungssatz, daß der Eigenthümer seinen Luftraum in gewissen Beziehungen unbeschadet der servitus altius non tollendi benutzen kann, die Annahme, daß die possessio der servitus altius non

tollendi eine discontinua sei, nicht hätte rechtfertigen sollen? Als ob die Annahme. daß diese Servitut continue, jene discontinue, besessen wird, nicht aus der factischen Thatsache abgeleitet wäre, ob der Eigenthümer von dem Gebrauche gänzlich oder nur in gewisser Hinsicht ausgeschlossen ist, sondern von Gott weiß was für andern Merkmalen.

Was das zweite Unterholzner'sche Argument anlangt, so ist seine Behauptung, wonach die servitus altius non tollendi sich auf jedes Erheben überhaupt bezieht, eine ganz unbewiesene.

Was die servitus fluminis vel stillicidii und fumi immittendi anbetrifft, so argumentirt Unterholzner folgendermaßen: man müsse gehörig berücksichtigen, daß der Besitz hier nicht in dem Abfließen des Regenwassers oder in dem Emporsteigen des Rauchs beruht, sondern in dem Haben einer Anstalt, vermittelst welcher die Traufe oder der Erguß des Regenwassers u. s. w. auf das dienende Eigenthum hinübergeleitet wird." Hieraus ergiebt sich klar daß Unterholzner zwei verschiedene Dinge verwechselt, nämlich die Servitutsbefugniß selbst mit den Mitteln, durch welche sie ausgeübt wird. Nicht dadurch besitzt man die Servitut, daß man eine Traufe u. s. w. errichtet hat, sondern man besitzt sie dadurch, daß man das Wasser mit Hülfe der Traufe auf das Grundstück hinableitet.

## Ueber die Verpflichtungen des Eigenthümers dem Servitutberechtigten gegenüber.

Der Eigenthümer ist verpflichtet, keine solche Handlungen, wodurch die Ausübung der Servitut erschwert oder unmöglich werden möchte, vorzunehmen, noch Andern das Recht zu deren Vornahme zu ertheilen. Daher kann er z. B. keine Bauten an dem Orte errichten, welcher von der Servitut berührt wird.

Fragm. 20. §. 3. S. P. U.

Ferner kann er nicht eine Wegegerechtigkeit an demselben Orte bestellen, an welchem Jemand früher eine Wassergerechtigkeit erworben hat.

Fragm. 14. de S. P. R.

Dagegen kann er an dem Orte, an welchem bereits eine Wegegerechtigkeit bestehet, eine neue Wegegerechtigkeit bestellen, und zwar aus dem Grunde, weil die ungestörte Ausübung zweier Wegegerechtigkeiten neben einander möglich ist.

Fragm. 15. comm. praed.

Der Eigenthümer ist aber auch verpflichtet, dem Servitutberechtigten alle zur Ausübung der Servitut nöthigen Mittel zu verschaffen. Aber er ist nicht verbunden, ihn in den Besitz der blos nützlichen Mittel, d. h. derjenigen, welche den Vortheil aus der Servitut blos erhöhen, zu setzen. So muß er z. B. dem Usufructuar, wenn derselbe zu dem Grundstück nur über dessen sonstiges in der Mitte liegendes Grundstück gelangen kann, auf demselben einen Weg einräumen.

Fragm. 2. §. 2. si servit. vind.

Dann muß er auch demjenigen einen Weg gestatten, welcher einen aquaehaustus erworben hat.

Fragm. 3. §. 3. de S. P. R.

Hat der Eigenthümer auf seinem Grundstück eine Wegegerechtigkeit bestellt, so muß er dem Servitutberechtigten gestatten, sich durch Graben oder Unterbauen einen Weg zu bahnen.

Dann muß er dem Berechtigten zum Behuf der Ausbesserung des Weges gestatten, an die Orte zu gehen, auf welche, um den Weg ausbessern zu können, gegangen werden muß.

Fragm. 11. comm. praed. „refectionis gratia, accedendi ad ea loca, quae non serviant, facultas tribuenda est his quibus servitus debetur.“ etc.

Nach demselben Princip ist auch der Satz zu erklären,

wonach der Usufructuar sich der zur Ausübung seines Rechts nothwendigen instrumenta bedienen darf.

Außerdem werden noch viele andere Fälle in den Quellen genannt, in welchen der Grundsatz, daß der Eigenthümer dem Berechtigten mit der Servitut auch alle zur Ausübung derselben nöthigen Mittel überlassen muß, zur Anwendung kommt. Aber ich will diese, da es mir eben nur auf allgemeine Grundsätze ankommt, übergehen.

## Inwiefern kann der Eigenthümer mit dem Servitutberechtigten concurriren?

Die Concurrenz des Eigenthümers ist nur da möglich, wo derselbe eine bestimmte Befugniß auf den Servitutberechtigten so überträgt, daß er sich das Recht, diese bestimmte Befugniß neben dem Servitutberechtigten auszuüben, reservirt. — Hieraus ergiebt sich von selbst, daß nur bei einer einzigen Art von Dienstbarkeiten von der Concurrenz des Eigenthümers die Rede sein kann, nämlich nur bei den Felddienstbarkeiten, denn nur bei diesen reservirt sich der Eigenthümer das Recht, eine bestimmte Befugniß neben dem Servitutberechtigten auszuüben. Man nehme z. B. die Wege- und Wassergerechtigkeiten. Es ist offenbar, daß der Eigenthümer bei der Constituirung derselben sich das Recht zu gehen, zu fahren, Wasser zu schöpfen, reservirt hat, und es wird auch Niemandem einfallen, ihm die Ausübung dieses Rechts zu verbieten, vorausgesetzt nämlich, daß er dabei die Ausübung der Servitut nicht hindert, noch erschwert.

Bei den Personalservituten kann darum von der Concurrenz des Eigenthümers nicht geredet werden, weil durch deren Constituirung der Eigenthümer eine bestimmte specielle Befugniß auf den Servitutinhaber totaliter überträgt. So trägt er auf den Usuar den ganzen nudus usus über,

indem er nur das Recht des fructus cum usu fructuum causa, welcher letztere als Mittel zur Ausübung des fructus in Betracht kommt und sich wesentlich von dem nudus usus unterscheidet, zurück behält. So trägt er auf den Usufructuar den vollen ususfructus über.

Was die Gebäudeservituten anlangt, so kann der Eigenthümer mit dem Servitutberechtigten darum nicht konkurriren, weil der Servitutberechtigte durch deren Constituirung eine solche Befugniß erwirbt, welche von dem Eigenthümer als solchem überhaupt nicht ausgeübt werden kann. (S. 22. u. 23.)

Vangerow sucht den Umstand, daß bei den Gebäudeservituten kein konkurrirender Gebrauch des Eigenthümers mit dem Servitutberechtigten vorkommen kann, aus einem andern Grunde zu erklären. Er sagt nämlich: die Ausschließung der Concurrenz bei den Gebäudeservituten erkläre sich

a) theils daraus, daß diese Servituten in habendo und prohibendo bestehen;

b) theils daraus, daß durch deren Bestellung das Eigenthum deminuirt wird.

Der erste Grund erklärt, abgesehen davon, daß der Unterschied der affirmativen Gebäude- und Feldservituten in etwas Anderm besteht, die Nichtconcurrenz nicht; denn es ist nicht einzusehen, warum nicht ebenso ein Anderer beim Haben einer Sache mit mir concurriren könnte, wie er bei der Vornahme einer Handlung mit mir concurriren kann. (S. 29 bis 33).

Was den zweiten Grund anbetrifft, so würde er freilich die Nichtconcurrenz erklären. Aber er beruhet auf einer falschen Voraussetzung. (S. 10 bis 16).

Zu allerletzt ist zu erörtern wie der Fall zu entscheiden ist, wenn das Weiderecht Jemandem ganz unbestimmt als Servitut eingeräumt wird und es sich nun herausstellt, daß die Weide für beide Heerden zusammen: nämlich für

die Heerde des Eigenthümers und für die des Servitutberechtigten nicht ausreicht. Meiner Meinung nach ist derselbe so zu entscheiden, wie ihn Glück[83]) und Seuffert[84]) entschieden haben, und wie er nach der Versicherung der genannten Schriftsteller in der Praxis gewöhnlich entschieden wird, nämlich so, daß nach dem Prinzip der Rechtsgleichheit beide Heerden nach dem Urtheil der Sachverständigen verhältnißmäßig vermindert werden müssen. Das soll auf negativem Wege bewiesen werden, nämlich durch die Widerlegung der Argumente Vangerow's, welcher die entgegengesetzte Ansicht auf eine erschöpfende Weise zu begründen gesucht hat.

Vangerow sagt darüber folgendes: „Ist eine solche Servitut unbestimmt bestellt worden, so kann dies nur den Sinn haben, es solle die eingeräumte Befugniß in dem Umfange zustehen, in welchem sie überhaupt als Realservitut bestellt werden kann, d. h. soweit das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks reicht, und es ist also im Falle einer unbestimmten Bestellung doch in der Wirklichkeit der Umfang des Rechtes nicht weniger genau bestimmt, als wenn besondere conventionelle oder testamentarische Anordnungen darüber gemacht wären. Hieraus ergebe sich von selbst die Entscheidung, daß der, welchem ganz unbestimmt ein Weiderecht eingeräumt ist, unbedingt verlangen kann, daß er so viel Vieh, als das Bedürfniß seines Grundstücks es erheischt, und darüber müssen allerdings Sachverständige entscheiden, auf die Weide schicken dürfe, ohne alle Rücksicht darauf, ob und wieviel noch für die Heerde des Eigenthümers übrig

---

83) X. S. 180. fgg.

84) Erörterungen II. S. 46. fgg.

bleibe, so daß es sich hier also nicht anders verhält, als wenn die Anzahl des Viehs vertragsmäßig bestimmt ist, in welchem Falle man allgemein einräumt, daß der Eigenthümer nachstehen müsse." Wenn man die hier citirten Worte Vangerows mit dem, was er ein Paar Zeilen früher geäußert hat, kombinirt, „daß nämlich das Princip im Collisionsfalle zu Grunde zu legen sei, daß das Recht des Servitutinhabers stets das stärkere sei," so läßt sich die Ansicht Vangerows kurz so resumiren: in dem genannten Falle einer für beide Heerden nicht ausreichenden Weide muß der Eigenthümer seine Heerde ganz oder theilweise von der Weide fern halten, weil das Recht des Servitutinhabers im Collisionsfalle stets das stärkere ist. Dieses Princip bietet in der Ausübung keine Schwierigkeiten dar, denn dasjenige, worauf es hier ankommt, nämlich zu wissen, in welchem Umfange dem Servitutinhaber die Servitut zukommt, läßt sich durch die Sachverständigen leicht ermitteln, wenn sie nur das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks dabei als Maßstab zu Grunde legen. Dies ist — glaube ich — der Gedanke Vangerows. Denn daß er mit den Worten: „der Umfang einer unbestimmt bestellten Servitut sei eben so bestimmt, als wenn besondere conventionelle oder testamentarische Anordnungen darüber gemacht wären" nur das ausdrücken wollten, daß der Umfang der Servitut, wenn man das Bedürfniß des Prädiums als Maßstab zu Grunde legt, leicht zu ermitteln ist, ist schon darum anzunehmen, daß er ja selbst von der Ermittelung des Umfangs durch die Sachverständigen spricht. Ueberhaupt liegt darin ein logischer Widerspruch, wenn man sagt, daß eine unbestimmt bestellte Servitut so bestimmt ist, als wenn besondere Anordnungen darüber getroffen wären, und ich will lieber glauben, daß Vangerow sich dunkel ausgedrückt, als daß er einen logischen Widerspruch begangen hat.

Der Gesichtspunkt, von dem Vangerow ausgeht, daß die Befriedigung der Bedürfnisse des herrschenden Prädiums, der Befriedigung der Bedürfnisse des dienenden Prädiums in der Art vorangehen müsse, daß die letztere erst dann geschehen kann, wenn die Bedürfnisse des erstern vollständig befriedigt worden sind, ist zwar im Allgemeinen richtig, aber von ihm aus läßt sich unser Fall nicht entscheiden. Denn es kommt ja eben darauf an zu wissen, in welchem Umfange die Bedürfnisse des herrschenden Prädiums durch eine konkurrente Servitut befriedigt werden sollen.

Und wenn man in dem vorliegenden Fall danach frägt, so kann darauf nur die negative Antwort gegeben werden, daß das nicht in einem solchen Umfange geschehen soll, in welchem es geschehen müßte, wenn der Eigenthümer an der Weide den Nießbrauch konstituirt hätte, mit andern Worten nicht in dem Umfange, daß die Benutzung der Weide dem herrschenden Eigenthümer allein überlassen werden muß. Die Ansicht Vangerows läßt sich aber auch widerlegen, wenn man die historische Entstehung der Prädialservituten näher betrachtet. Denn deren Entstehung lag offenbar der Gedanke zu Grunde, daß manche Nachtheile, welche für die Nachbarn aus der absoluten Unbeschränktheit des Eigenthums an den Grundstücken entstehen, entfernt werden sollen.

---

## Ueber die Eintheilung der Servituten in Hinsicht auf ihre Entstehung.

Die Servituten theilen sich in Hinsicht auf ihre Entstehung

a) in servitutes jure constitutae und

b) in servitutes tuitione Praetoris consistentes.

Servitutes jure constitutae heißen diejenigen, welche

in Gemäßheit der im jus civite geltenden Rechtsnormen entstanden sind. Servitutes tuitione Praetoris consistentes heißen diejenigen, die in Gemäßheit der im prätorischen Edicte, aufgestellten Normen errichtet wurden.

Die ersteren sind:

a) an und für sich rechtlicher Natur, sie sind wirkliche Rechtsverhältnisse,

b) sie haben rechtliche Wirkungen.

Die letzteren sind zwar an und für sich streng genommen rechtlicher Natur nicht [85]) aber sie bringen doch rechtliche Wirkungen hervor, indem sie von dem Prätor in allen Beziehungen geschützt werden.

Man sieht hieraus, daß beide Arten von Dienstbarkeiten sich gerade so unterscheiden, wie das jus civile von dem jus honorarium.

Ferner theilt man die Servituten ein

a) in constituirte Servituten und

b) in deducirte Servituten.

Constituirte Servituten heißen diejenigen, welche durch Mancipatio, oder in jure cessio oder traditio unmittelbar errichtet wurden.

Unter den deducirten [86]) Servituten versteht man solche,

---

85) Und zwar sind sie darum streng genommen rechtlicher Natur nicht, weil der Prätor, da er keine legislative Gewalt hatte, weder Rechtsnormen, noch Rechtsinstitute noch Rechtsverhältnisse streng genommen schaffen konnte. In seiner Macht stand nur dies, Normen aufzustellen, um sie der Rechtssprechung zu Grunde zu legen, so wie zu erklären, daß er diese oder jene Rechtsinstitute anerkennen und diese oder jene Verhältnisse zwischen Privatpersonen schützen werde.

86) Der Ausdruck „deducirte Servituten" ist streng genommen eben so unrichtig wie der Ausdruck „reservirte Servituten." Die Servitut kann nämlich bei der Uebertragung des Eigenthums nicht reservirt werden, weil, der Natur der Sache nach, nur dasjenige reservirt werden kann, was Jemand bereits erworben hatte, die Servitut aber weder vor noch während der Uebertragung des Eigenthums, da „nemini res sua servit" erworben werden konnte.

welche bei der mancipatio oder in jure cessio der res corporalis, an derselben constituirt wurden.

Fragm. Vat. §. 47. „per mancipationem deduci usus-fructus potest, non etiam transferri. Per „do, lego legatum et deduci et dari potest.“

Diese Servituten werden wie es aus dem Institutionenkommentar des Gajus hervorgeht:

„ipsae quidem servitutes non mancipantur, sed quum in mancipanda proprietate deducantur, eo fit, ut apud alium sit proprietas, apud alium servitus,“

auf die Weise constituirt, daß der Eigenthümer sich bei der Uebertragung des Eigenthums eine bestimmte im Eigenthum materiell enthaltene Befugniß, die er als Servitut ausüben will, reservirt, und zwar dadurch reservirt, daß er sie von dem Eigenthum deducirt, und so das Eigenthum ohne diese Befugniß auf den neuen Eigenthümer überträgt. Wenn aber auch die Deduction in demselben Momente wie die Uebertragung des Eigenthums geschieht, so geht doch der Erwerb des Eigenthums von Seiten des neuen Eigenthümers dem Erwerbe der Servitut von Seiten des frühern Eigenthümers voran. Denn der Erwerb der Servitut ist vor der Uebergabe des Eigenthums wegen des Satzes „nemini res sua servit“ unmöglich.

Aus der hier aufgestellten Theorie über die deducirten Servituten folgt, daß nur die Felddienstbarkeiten und die Personalservituten, nicht aber auch die Gebäudeservituten deducendo entstehen können, indem der Servitutberechtigte durch die Constituirung derselben solche Befugnisse erwirbt, welche, da sie im Eigenthum materiell nicht enthalten sind, nicht reservirt werden konnten. (S. 22.)

Dies ist ein Punkt, über den man zur Klarheit nicht gekommen ist. So verweiset Thibaut in seinen civilistischen Abhandlungen S. 32., dem auch Schrader in der civ. Abhandl. S. 324 beitritt, auf das Fragm. 6. comm. praed. indem er die unbegründete Behauptung

aufstellt, daß das Requisit der Vicinität bei den reservirten Gebäudeservituten und Felddienstbarkeiten ausnahmsweise nicht zur Anwendung kommt. Aber in diesem Fragmente ist von deducirten Servituten gar nicht die Rede. Der beste Beweis dafür liegt darin, daß in ihm der Fall, wo Jemand bei der Veräußerung eines praedium urbanum sich eine Prädialservitut an dem veräußerten praedium bedingt, dem Fall ganz gleichgestellt ist, wo umgekehrt der neue Erwerber zum Vortheil des neuen Eigenthums eine Prädialservitut an einem andern praedium urbanum des Veräußerers erwirbt. Schließlich ist die Frage zu beantworten, ob die Servituten auch bei der traditio der Sache deducirt werden können? Da die Constituirung der Servituten durch Deduction den an sich ungewöhnlichen Fall mit sich bringt, daß die Servituten-Befugniß bei dem künftigen Servitutberechtigten während der Zeit, bis die Uebertragung des Eigenthums vollendet ist, ohne allen gegenwärtigen Rechtstitel,[87]) verbleibt, so muß man annehmen, daß dieselben, nachdem die mancipatio und die in jure cessio außer Gebrauch kamen, auf diese Weise nicht mehr errichtet werden konnten. Und in der That ist es auch viel natürlicher, sich die Entstehung der Servituten bei Gelegenheit der tradition der Sache so zu denken, daß der neue Eigenthümer dieselben dem frühern Eigenthümer brevi manu tradirt, als anzunehmen, daß der frühere Eigeuthümer sich selbst während der Uebergabe des Eigenthums eine bestimmte im Eigenthum liegende Befugniß deducirt. — Ueberhaupt mag wohl die Idee von deducirten Servituten im römischen Rechte nur darum entstanden sein, weil man die umständliche Cumulation zweier Mancipationen oder in jure cessionen umgehen wollte, nämlich eine mancipatio oder in jure cessio der

---

87) Und zwar darum, weil er diese Befugniß weder als eine Servitutenbefugniß, noch als eine Eigenthumsbefugniß hat.

res corporalis von Seiten des frühern und eine mancipatio oder in jure cessio der Servitut von Seiten des neuen Eigenthümers.

## Entstehung der Servituten.

Servituten werden errichtet

a) durch Testamente, überhaupt durch letztwillige Verfügungen;
b) durch Gesetz;
c) durch Adjudication;
d) durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden;
e) durch Ersitzung *).

Durch Gesetz wird hauptsächlich der Ususfruktus errichtet, und zwar im Gebiete des Familienrechts. Ich will nur andeutungsweise erwähnen, daß der Vater den gesetzlichen Ususfruktus an den Adventitien seiner Kinder hat und zwar ohne die Pflicht der Cautionen. Ferner hat der Ehegatte den Ususfruktus an den lucra nuptialia.

Aber auch die servitus itineris kann aus dem Gesetze entstehen, wenn auch nicht unmittelbar, wie der Ususfruktus, so doch mittelbar, d. h. so, daß der Eine Nachbar gesetzlich verpflichtet wird ad iter constituendum. Von einem solchen Nothwege reden nur zwei Fragmente. Das Fragment 14. §. 1. 8. 6. und das Fragm. 12. 11. 17. Nach dem ersteren Fragm. ist der Nachbar verpflichtet, einen Weg in dem Fall anzuweisen, wenn die via publica unwegsam geworden ist. Nach dem zweiten kann derjenige welcher eine Grabstätte hat, gegen den Nachbar mit einer actio civilis, die jedoch extra ordinem gegeben wird, auf Bestellung eines Weges klagen.

Durch Adjudication, d. h. durch den Theilungsrichter können sowohl Personal- als auch Prädialservituten begrün-

---

*) Streng genommen ist die Errichtung der Servitut durch die Ersitzung eine gesetzliche.

det werden. Namentlich sind es die Wegegerechtigkeiten, welche bei den Theilungsprozessen errichtet zu werden pflegen.

Was die Entstehung der Dienstbarkeiten aus den Rechtsgeschäften unter Lebenden anbelangt, so ist dies unter den Rechtsgelehrten streitig, ob dieselben nach dem neueren Rechte durch den bloßen Vertrag, oder erst durch die zu dem Vertrage hinzutretende Tradition errichtet werden.

Die Ansicht derjenigen, welche behaupten, daß nach dem neuern Römischen Rechte aus einem Vertrage ebensowohl die obligatio ad servitutem constituendam, als auch die Servitut, also ein jus in re, entstehen kann, — beruht auf einer Verkennung des inneren wesentlichen Unterschiedes, welcher zwischen den dinglichen Rechten und dem Eigenthum einerseits und zwischen den Obligationen andrerseits besteht. Denn die jura in re unterscheiden sich in zweifacher Beziehung von den Obligationen:

a) darin, daß durch die Obligationen ein Rechtsverhältniß zwischen Person und Person, zwischen creditor und debitor begründet wird, in Folge dessen der debitor dem creditor zu irgend einer Leistung verpflichtet ist, während durch die jura in re ein Rechtsverhältniß zwischen Person und Sache zu Stande kommt. —

b) daß die Obligationen aus einem bloßen Vertrage entstehen können, während die dinglichen Rechtsverhältnisse zu ihrer Entstehung der traditio von Seiten des Uebergebenden und des Eintritts in das physische Verhältniß von Seiten des Erwerbenden bedürfen.

Fragm. 20. C. de pact. „traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.“

Fragm. 3. de. O. et, A. „obligationum substantia non in eo consistit ut servitutem nostram faciat.“

Cf. darüber, was auf der S. 148 über die Nothwen-

digkeit der traditio zur Begründung eines dinglichen Rechtsverhältnisses gesagt wurde.

Die Gegner haben gegen die hier vorgetragene Ansicht folgendes Argument in petto; Sie sagen: die Hypothek ist ein jus in re und dennoch wird die Hypothek durch ein pactum nudum erworben, also ist die Ansicht, daß die traditio ein wesentliches Requisit ist für den Erwerb der jura in re, falsch [88]). Dieser Hinweis aber auf die Hypothek entkräftet unsere Meinung nicht, denn die Hypothek ist eine obligatio realis und kein reines jus in re. Wenn man ihre historische Entstehung verfolgt, so überzeugt man sich ferner, daß die traditio bei derselben nicht allein juristisch genommen keine Nothwendigkeit ist, wie bei den übrigen jura in re, sondern daß sie auch faktisch bei derselben nicht vorkommen kann [89]). Denn ihre Entstehung verdankt sie eben, wie allgemein angenommen wird, dem speciellen Umstande, daß die alten Pfandrechtsformen fiducia und pignus, da mit ihnen die traditio der Sache verbunden war (bei der fiducia geschah die traditio zum Eigenthum, bei dem pignus geschah sie, um den creditor in ein physisches Verhältniß zu der Sache zu setzen, um ihm die Detention der Sache zu übergeben) an den invecta und illata des Pächters unausführbar waren.

Doch ich will die Ansicht der Gegner noch von einem andern Gesichtspunkte aus betrachten. Da dieselben davon ausgehen, daß es ursprünglich zwei Erwerbsarten der Servituten durch zweiseitige Rechtsgeschäfte gab, nämlich:

a) die streng civile Erwerbsart durch manicipatio oder

---

88) Der Genauigkeit wegen sei hier bemerkt, daß dies nicht alle thun, so nicht Zimmer, wohl aber Schmidtlein und Michelsen.

89) So wie die Tradition aus einem juristischen und factischen Grunde zugleich von der Hypothek ausgeschlossen ist, so ist sie mit dem pignus aus einem rein factischen Grunde verbunden, nämlich um den creditor die Sache detiniren zu lassen. — Der Hinzutritt derselben bei dem pignus ist als etwas nebenbei Adjicirtes zu betrachten.

in jure cessio, wenn die Servitut an dem solum Italicum,

b) die Erwerbsart durch ein nudum pactum (die von Justinian nach ihrer Ansicht generalisirt wurde) wenn die Servitut an dem Provinzialboden erworben werden soll [90]);

so kommt ihre Behauptung darauf hinaus, daß in dem alten römischen Rechte ein und derselbe Fall von zwei verschiedenen, ja entgegengesetzten Rechtsprinzipien aus entschieden wurde, bald aus dem Rechtsprinzip, daß die Servituten ebenso wie die Obligationen aus einem nudum pactum entstehen können, bald aus dem Rechtsprinzip, daß sie, da sie in keiner Familiengemeinschaft mit den Obligationen stehen, sowie das Quiritarische Eigenthum nur durch die mancipatio oder durch die in jure cessio begründet werden können. Wie ist es denkbar, daß der Entscheidung eines und des nämlichen Falles in einer und der nämlichen Zeitepoche zwei so verschiedene, ja entgegengesetzte Gesichtspunkte zu Grunde liegen sollten?

Ferner mache ich auf folgenden Punkt aufmerksam. Da die Gegner behaupten, daß die Servituten an dem Provinzialboden durch Stipulationen bestellt werden konnten — dieser Vorwurf trifft die Ansicht Schmidtlein's nicht, da derselbe die stipulatio, welche neben dem pactum genannt wird, als einen ein obligatorisches Rechts-

---

90) Auch dies wird nicht von allen Gegnern behauptet, z. B. nicht von Zimmer. Indessen ist auch gegen die Zimmersche Ansicht ähnliches Bedenken zu erheben. Zimmer meint nämlich, daß in dem neuern römischen Rechte, wo die traditio der Servituten bereits in Gebrauch kam, unter den römischen Juristen die Ansicht entstanden sei, daß eine dem nudum pactum hinzugefügte stipulatio in ähnlicher Art, wie eine zu demselben hinzutretende Tradition eine Servitut begründen könne. Diese Auffassung entbehrt jedes Haltepunktes, weil es nicht zu denken ist, daß die römischen Juristen eine stipulatio auf gleiche Linie mit der traditio stellen sollten, da beide doch sonst sehr wesentlich von einander verschieden sind.

verhältniß schaffenden Vertrag sich denkt, aber dieser Vorwurf trifft Hasse — so ist ihre Ansicht mit einem innern Widerspruch behaftet, indem die Stipulation an dem Provinzialboden eben so wenig zur Anwendung kommen kann, wie die mancipatio oder in jure cessio, da der Provinzialboden die civilrechtliche Qualität nicht besitzt. Oder wird man vielleicht den Einwand geltend machen wollen, daß es im Falle einer durch die Stipulation constituirten Servitut auf die rechtliche Qualität des praedium gar nicht ankommen kann? Ein solcher Einwand wäre ganz unbegründet. Denn wenn man einmal davon ausgeht, daß die Servituten durch Stipulationen bestellt werden konnten, so muß man auch einen Schritt weiter gehen, wie es Hasse wirklich gethan hat, und geradezu sagen, was mit unabweislicher logischer Nothwendigkeit daraus folgt, nämlich, daß es zwei Arten von Stipulationen im römischen Rechte gab:

a) diejenigen, welche Rechtsverhältnisse zwischen Person und Person;

b) diejenigen, welche Rechtsverhältnisse zwischen Person und Sache schaffen, von denen sich freilich in den Quellen keine Spur findet.

Thut man dies, so kann man dabei nicht stehen bleiben, sondern man muß noch einen weitern Schritt thun, was Hasse freilich nicht bedacht hat, und sagen, daß diejenige Stipulationsart, welche dingliche Rechte schafft, sich den beiden solennen dinglichen Rechtsgeschäftsformen als ein drittes Glied hinzugesellt, mit andern Worten, daß die Anwendung derselben an die nämlichen Bedingungen geknüpft ist, wie die Anwendung der mancipatio und die in jure cessio, woraus von selbst folgt, daß sie als Bestellungsart der Servituten an dem Provinzialboden nicht gedacht werden kann.

Gegen die Ansicht der Gegner spricht auch der Umstand, daß sie die in vielen Fragmenten vorkommenden

Worte: pactiones et stipulationes auf eine gezwungene und künstliche Weise zu erklären genöthigt sind, während sich dieselben ganz naturgemäß und ohne alle Deutelei und Emendation von der hier vertheidigten Ansicht aus interpretiren lassen, wie dies bald gezeigt wird. Und in der That haben die drei Worte den Gegnern eine große Mühe bereitet.

Hasse (Rheinisches Museum I. 64—129) meint, daß das Verbindungswort et hier statt des disjunctiven vel gesetzt ist, daß es also der freien Wahl der Parteien überlassen blieb, ob sie die Servitut durch das einfache pactum oder durch die solenne Stipulationsform bestellen wollen, wenn auch — und dies erkläre, daß neben dem pactum immer die stipulatio genannt wird — die Bestellung durch die Stipulationen vortheilhafter ist [91]). Käme das Wort et nur einige Mal vor, so könnte man diese Erklärung allenfalls gelten lassen; da aber dasselbe in den Quellen durchgehends gebraucht wird, von so verschiedenen Juristen auch die Fragmente, in denen es vorkommt, herrühren, so ist die Behauptung Hasse's eine höchst gewagte.

Zimmer glaubt, daß das einfache pactum nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß schaffen konnte, daß also die Stipulation zu dem pactum hinzutreten mußte, wenn ein dingliches Rechtsverhältniß begründet werden sollte. Man begreift nicht, wie ein dingliches Rechtsverhältniß durch die Cumulation zweier Vertragsformen begründet werden sollte.

Schmidtlein Archiv für civil. Praxis. Bd. 9. S. 193. meint, die Sache müsse so gedacht werden: das dingliche Rechtsverhältniß entstehe durch das pactum, da man aber der größeren Sicherheit wegen demselben eine Pönalstipu-

---

91) Es ist aber, meint Hasse, darum vortheilhafter, die Servitut durch eine Stipulation zu constituiren, weil die pacta etwas Dissolutes haben, wodurch die Auslegung unsicher wird. Ich glaube, daß man Bedingungen auch bei einem pactum klar und deutlich ausdrücken kann.

lation oder eine gewöhnliche Stipulation hinzuzufügen pflegte, so erkläre sich, daß neben dem pactum die Stipulation erwähnt wird. Auch diese Erklärung läßt unbefriedigt.

Aber auch durch die Quellenzeugnisse wird die Ansicht der Gegner widerlegt. — Dies ist das entscheidenste Argument gegen dieselbe, insofern als es gewissermaßen das Handgreiflichste ist. — So wird in dem Fragm. 11. §. 1. de P. A. 25. §. 7. de usufr. et quemadm. quis utat. 1. §. 2. de S. P. R. und in noch vielen andern ausdrücklich der Tradition bei den Servituten Erwähnung gethan. Die Gegner suchen die Beweiskraft dieser Stellen durch die Behauptung zu schwächen, daß in ihnen darum der traditio Erwähnung geschehe, weil sie eine spezielle Beziehung auf die actio confessoria Publiciana enthalten. Bei diesem Einwand verkennt man das wahre Sachverhältniß. Denn zur Anstellung der actio Publiciana wird die Tradition darum gefordert, weil das Rechtsverhältniß, welches durch dieselbe geschützt werden soll, aus Rechtsgeschäften unter Lebenden ohne Tradition nicht entstehen kann. Die Wahrheit des Gesagten wird durch den Umstand bestätigt, daß in denjenigen Fällen, in welchen das durch die actio Publiciana zu schützende Rechtsverhältniß ohne Tradition entstehen kann, die Anstellung derselben ebenfalls keine Tradition, sondern nur allgemein den Besitz voraussetzt. Der Fall tritt ein beim Erwerbe durch ein Legat oder durch ein Fideicommiß [92]).

Fragm. 12. §. 1. de Publ. in rem act. und 1. §. 2. eod. 11. §. 2. eod. 15. eod.

---

92) Die Sache ist nämlich die: da die quasi possessio der Servituten nach dem Justinianeischen Rechte nur durch die Tradition erworben werden konnte, so folgt von selbst, daß die Anstellung der actio confessoria Publiciana, indem sie die quasi possessio voraussetzt, auch die Tradition der Servitut mit voraussetzen muß. Ueberhaupt tritt hier — um auf einen andern analogen Fall zu verweisen —

Die Ansicht, daß die Servituten nach dem Justinianeischen Rechte ohne vorhergegangene Tradition entstehen können, wird auch nicht durch die Argumente der Gegner wahrscheinlich gemacht, die sie theils aus allgemeinen Gründen deduciren, theils aus den Quellen schöpfen. Was die letztern Gründe anlangt, so ist es vor allem die Stelle aus den Institutionen des Gajus II. §. 31. auf welche sich dieselben berufen.

Ich kann mich nicht überzeugen, daß in dieser Stelle von der Bestellung der Servituten durch nudas pactiones und nudas stipulationes die Rede ist, und zwar, indem ich von andern Gründen absehe und die Stelle für sich betrachte, darum, weil die Gegner, wie Vangerow §. 350 sehr richtig bemerkt, dem Gajus einen höchst verworrenen Gedanken in den Mund legen, den Gedanken nämlich: „Servituten können am solum Italicum blos durch mancipatio und in jure cessio bestellt werden. Bei Provinzialgrundstücken kann weder die mancipatio noch die in jure cessio in Anwendung kommen, also werden die Servituten an denselben durch pactiones und stipulationes bestellt.“ Wie viel natürlicher ist die Erklärung Durois Archiv für civil. Praxis Bd. VII. S. 284 und Vangerow's wonach Gajus in der Stelle, wenn man sie paraphrasirt, etwa folgenden Gedanken durchführt: An den fundi Italici werden die Servituten durch die mancipatio und die in jure cessio bestellt. Bei den Provincialgrundstücken verhielt sich die Sache anders, hier konnte, da den praedia die civilrechtliche Qualität mangelte, weder die mancipatio, noch die in jure cessio zur Anwendung kommen, so daß hier nichts übrig blieb,

---

dasselbe Verhältniß ein, wie bei der possessio und der Freiheit vom Betoeise bei den dinglichen Klagen. Der Besitzer als solcher ist nur mittelbar vom Beweise frei, nämlich nur in sofern, als Besitz und Beklagtenrolle mit einander coincidiren. —

als auf einem Umwege zu dem, dem practischen Erfolge wenigstens nach, nämlichen Resultate zu gelangen, nämlich dadurch, daß man dem pactum, aus welchem ein der Servitut ähnliches obligatorisches Rechtsverhältniß entstand, eine Pönalstipulation als ein pactum adjectum beifügte, durch welche sich der debitor, wenn er den creditor an der Ausübung des Rechts hindern sollte, zur Zahlung einer Geldstrafe verpflichtete.

Auf die nämliche Art sind auch alle andern Fragmente, welche von pactis et stipulationibus reden, zu erklären.

Entscheidend für die Ansicht der Gegner soll auch das Fragm 3. §. 14. de vi sein, indem aus demselben hervorgehen soll, daß die Anstellung der actio confessoria oder was dasselbe ist, der Erwerb der Servitut, — da eine noch nicht erworbene Servitut auch nicht vindicirt werden könne, — auch ohne Besitzerwerb möglich ist. Aber diese Stelle beweiset nichts, da es keinem Juristen je einfallen kann zu bezweifeln, daß die Servituten auch ohne Tradition, nämlich per legatum erworben werden können. Fast noch weniger beweisend für die Ansicht der Gegner ist das Fragment 14. Cod. de serv.

Wohl am meisten scheint für ihre Ansicht der Umstand zu sprechen, daß man das durch pactiones und stipulationes errichtete obligatorische Rechtsverhältniß eines Fructuars eben so, wie den wirklichen ususfructus durch capitis deminutio erlöschen, und demjenigen, dem auf diese Art der ususfructus eines Sclaven eingeräumt war, denselben Erwerb zukommen ließ, als ob er den wirklichen ususfructus hätte.

Fragm. 1. quib. mod ususfr. amitt. und 25 ult. [93]).

---

[93]) Francke in seinen civilist. Abhandlungen Nr. 3. S. 141, die wie Alles, was dieser ausgezeichnete Mann schrieb, vortrefflich sind, glaubt, daß ursprünglich statt des Wortes obligationem das Wort in

Aber auch diese Fragmente unterstützen die Ansicht der Gegner nicht, indem die in ihnen vorgekommene Entscheidung sich daraus erklären läßt, daß die Römer an ein obligatorisch entstandenes Rechtsverhältniß, wiewohl sich dasselbe streng genommen von einer wirklichen Servitut unterscheidet, wenigstens dem praktischen Erfolge nach ganz dieselben Wirkungen angeknüpft haben, wie sie mit dem wirklich dinglichen Rechtsverhältnisse verbunden sind.

Zu allerletzt will ich die allgemeinen Gründe der Gegner einer Kritik unterwerfen, um auch an ihnen die Unhaltbarkeit ihrer Ansicht zu zeigen.

Schmidtlein geht in seiner viele Irrthümer enthaltenden Schrift, [94]) so daß man nicht begreift, wie er sie als eine unter Autorität eines so ausgezeichneten Mannes wie Savigny geschriebene bezeichnen konnte, davon aus, daß eine durchgehende Analogie zwischen dem Eigenthum und den Servituten hervortrete, eine Analogie, welche sich daraus hinlänglich erklären lasse, daß die Servituten ein Theil [95]) des Eigenthums seien. So müssen zwei Arten der Servituten unterschieden werden, wie man zwei Arten des Eigenthums unterscheidet, nämlich die tuitione Praetoris entstandenen Servituten, welche dem bonitarischen Eigenthum, und die jure constitutae servitutes, welche dem quiritarischen Eigenthum correspondiren. Bei den

---

jure cessionem in dieser Stelle gestanden habe, und daß die Compilatoren gedankenlos „stipulationem“ daraus gemacht haben, da sie das Wort „in jure cessio“, wegen der vorhergenannten traditio in traditio, wie sie gewöhnlich thaten, nicht umwandeln konnten. Aber diese Emendation ist wohl nicht nöthig, indem die Stelle auch so, wie sie gelesen wird, mit der richtigen Ansicht in Einklang gebracht werden kann.

94) De servitutibus per pactum constituendis. Goett. 1823. cf. auch dessen Aufsatz im Civ. Archiv Bd. 9. S. 145.

95) Schon diese Behauptung, daß die Servitut ein Theil des Eigenthums sei, fällt auf. Die Servitut kann, abgesehen von andern Gründen, schon darum kein Theil des Eigenthums sein, weil sie ein jus in re ist. (S. 13.)

civilen Servituten sei die in jure cessio als die gewöhnliche Erwerbsform zu betrachten, indem die mancipatio nur bei einer Art derselben im Gebrauch war, nämlich nur bei den Felddienstbarkeiten, da sie zu den res mancipi gehört haben. Bei den prätorischen Servituten habe man den Vertrag, welcher die materielle Grundlage der in jure cessio bildet, zur gewöhnlichen Erwerbsart gemacht. Man hat dabei die Analogie des bonitarischen Eigenthums im Auge behalten; denn sowie dieses durch die Tradition, welche die materielle Grundlage der mancipatio bildet, entstehet, so habe man die prätorischen Servituten durch den bloßen Vertrag, als die materielle Grundlage der in jure cessio entstehen lassen. So wie ferner, fährt Schmidtlein weiter fort, in der spätern Zeit, nachdem aller Unterschied zwischen dem quiritarischen und bonitarischen Eigenthum weggefallen ist, die traditio als die regelmäßige Erwerbsart des Eigenthums übrig blieb, so blieb auch, nachdem der Unterschied zwischen den civilen und den prätorischen Servituten aufgehört hatte, der Vertrag als die gewöhnliche Erwerbsart der Servituten. Daneben sei aber auch die Tradition der Servituten zur Geltung gekommen, aber nur wegen der besondern Beziehung auf die actio Publiciana, deren Anstellung bekanntlich die Besitzergreifung und somit, wenn die bonae fidei possessio aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden entstand, die Tradition voraussetzte.

Die Ansicht Schmidtlein's [96]) ist auf folgenden falschen Voraussetzungen gebaut:

---

96) Beiläufig sei bemerkt, daß Warnkönig im Civ. Arch. Bd. 12. S. 52. eine Vertheidigung der Schmidtleinschen Ansicht unternommen hat, indem er die von Francke dagegen in dessen bekannter scharfer und geistreicher Weise vorgebrachten Bedenken zu entkräften suchte, aber freilich ohne Erfolg. Francke entwickelte seine Ansicht in den Civilist. Abhandlungen, Götting. 1826. S. 129 — 174.

a) daß die Mancipation die gewöhnlichere Uebertragungsform des quiritarischen Eigenthums war;
b) daß der einfache Vertrag d. h. das pactum, die materielle Grundlage der in jure cessio bildet;
c) daß die Tradition der Servituten nur wegen der actio confessoria Publiciana in Gebrauch kam.

Die erste Voraussetzung widerlegt sich durch den Umstand von selbst, daß die mancipatio nur bei den der Zahl nach wenigen res mancipi zur Anwendung kam, woraus sich die Schlußfolgerung rechtfertigt, daß nicht sie, sondern die in jure cessio als gewöhnliche Uebertragungsform des quiritarischen Eigenthums zu betrachten ist.

Was die Behauptung anbetrifft, daß das einfache pactum die materielle Grundlage der in jure cessio bildet, so finde ich auch diese unrichtig. Meiner Ueberzeugung nach ist nicht die in jure cessio, sondern die stipulatio als ein in solenne Formalitäten eingekleidetes pactum zu betrachten. Die in jure cessio ist nicht formell sondern materiell von dem pactum verschieden. Das durch ein pactum begründete Rechtsverhältniß ist obligatorischer Natur, wogegen das aus der in jure cessio entstandene Rechtsverhältniß dinglicher Art ist. — Wenn Schmidtlein behauptet, — was freilich von seinem Gesichtspunkte aus als sehr wahrscheinlich erscheinen mußte, — daß die in jure cessio ursprünglich für unkörperliche Sachen als Surrogat für die bei ihnen unanwendbare mancipatio eingeführt wurde, so ist auch dies durch nichts bewiesen.

Endlich ist auch die Behauptung unrichtig, daß die Tradition der Servituten wegen der actio confessoria Publiciana entstanden ist, wie ich dies zu zeigen schon oben mich bestrebt habe.

Michelsen trägt in dem Archiv für civilist. Praxis Bd. 8. S. 362 — 376 folgende Ansicht vor: Die regelmäßige Bestellungsform der civilen Servituten sei die in jure cessio gewesen, indem die mancipatio nur bei den

Felddienstbarkeiten in Gebrauch war. Hat nun Jemand eine Servitut, anstatt in jure cedirt, durch gewöhnliche Tradition auf einen Andern übertragen, so schützte sie der Prätor mit der actio Publiciana wie er das tradirte Eigenthum an einer res mancipi schützt. Dies finde nur auf diejenigen Servituten Anwendung, welche am solum Italicum bestellt werden. Denn eine an dem Provinzialboden errichtete Servitut konnte durch die actio Publiciana nicht geschützt werden, weil die actio Publiciana auf der Fiction einer vollendeten Acquisitivverjährung beruhe, dieselbe aber, da sie ein civiles Rechtsinstitut sei, an dem solum provinciale nicht fingirt werden konnte. Hier habe der Prätor die Haupterwerbsart der civilen Servituten, nämlich die in jure cessio, nachdem er sie ihrer civilrechtlichen Solennitäten entkleidete d. h. der Vertrag zur Erwerbsart der Servituten gemacht.

Man sieht hieraus, daß die Deduction Michelsens auf zwei falschen Voraussetzungen beruht;

a) darauf, daß der Vertrag die materielle Grundlage der in jure cessio bildet.

b) daß die Tradition der Servituten wegen der actio confessoria Publiciana zur Anwendung kam.

Die Michelsen'sche Deduction widerlegt sich somit durch das, was gegen Schmidtlein gesagt wurde.

Hoffmann entwickelt seine Ansicht §. 80 mit folgenden Worten, die ich theilweise wörtlich anführen werde. Früher, sagt er, konnten die Servituten in Rom nur durch mancipatio und in jure cessio bestellt werden. In den Provinzen konnten sie weder mancipirt noch in jure cedirt, noch tradirt werden. Sie konnten darum nicht tradirt werden weil die traditio die quasi possessio voraussetzt die quasi possessio aber weit späteren Ursprungs ist. Mithin hatte man hier blos die Wahl, ob man eine dingliche Servitut durch einen bloßen Vertrag entstehen lassen, oder ob man eine blos obligatorische Servitut zulassen,

mithin blos den Servitutbesteller aus der Obligation haften lassen wollte. Eine Obligation aber mit der Wirkung, wonach auch der Servitutbesteller dem Servituterwerber für die Fälle zu haften hatte, wenn der Letztere von dem spätern Inhaber des dienenden Prädiums oder einem sonstigen Dritten, der nicht Erbe des Servitutbestellers war, oder wenn der spätere Inhaber des herrschenden Prädiums, den der Servituterwerber zu vertreten hatte, von irgend Jemand gestört werden sollte, mußte besonders beengend und unbequem erscheinen. Denn der Servitutbesteller hatte, wenn das dienende praedium durch Usucapion von Seiten eines Dritten erworben wurde, gar kein Mittel, diesen zur Anerkennung der Servitut zu nöthigen. War aber das dienende Prädium von dem Servitutbesteller an einen Dritten veräußert worden, so konnte zwar der Letztere seinem Singularsuccessor die Verbindlichkeit auferlegen, den Servituterwerber selbst nicht zu stören, sowie Störungen Anderer abzuhalten, allein dieses war doch immer sehr lästig, und wenn der eine Erwerber des dienenden Prädiums nicht Wort hielt, so mußte der Servitutbesteller doch immer wieder dem Servitutberechtigten herhalten, wenn er sich gleich deshalb wieder an seinen Successor halten konnte. Der Servitutberechtigte aber, welcher seinem Nachfolger im herrschenden Prädium die Servitut sichern wollte, blieb immer in dem Falle, wegen Störungen desselben durch Dritte in Anspruch genommen zu werden, weil er seinen Nachfolger nie in die Lage bringen konnte, sich selbst zu schützen. Ein obligatorisches Recht in dem gegebenen Umfange müßte aber jedenfalls angenommen werden, wenn das mangelnde dingliche Recht nur einigermaßen sollte ersetzt werden können. Als später die traditio in Gebrauch kam, konnte man zwar dieselbe auf die an dem Provinzialboden bestellten Servituten anwenden, aber man sah sich nicht veranlaßt, eine Aenderung eintreten zu lassen, da der Vertrag als ein passendes

Surrogat für die in jure cessio erschien. Das Hauptargument Hoffmann's kommt also darauf hinaus, daß die Constituirung der Servituten am Provinzialboden durch Vertrag darum möglich sein mußte, weil dieselben sonst überhaupt — da weder die in jure cessio, noch die mancipatio, noch endlich die traditio, indem die letztere erst später entstand, zulässig war — nicht hätten bestellt werden können. Es ist augenscheinlich, daß die Meinung Hoffmanns eine sehr schwache Stütze hat.

Zimmer meint in dem Archiv für civilist. Praxis Bd. 7. S. 309, daß die Servituten an dem Provinzialboden, ehe es eine Tradition derselben gab, überhaupt nicht bestellt werden konnten, indem aus einem Vertrage nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß entstand. Als die Tradition auf die Servituten übertragen wurde, fährt Zimmer weiter fort, konnten Servituten durch dieselbe sowohl am Italischen, als auch am Provinzialboden constituirt werden. Noch später sei die stipulatio, aber nicht das einfache pactum der praktischen Wirkung nach der Tradition gleichgestellt worden, und Justinian habe endlich die Stipulation zur allgemeinen und regelmäßigen Erwerbsart der Servituten gemacht. — Ein Umstand charakterisirt vornehmlich die Zimmer'sche Ansicht. Während nämlich alle andern Rechtsgelehrten den Vertrag nur in Ermangelung einer andern geeigneten Errichtungsform zur Erwerbsart der Servituten machen, behauptet Zimmer, daß der Constituirung derselben durch Vertrag kein praktisches Bedürfniß zu Grunde lag.

Hasse ist im Rheinischen Museum für Jurisprudenz der Ansicht, daß die Servituten vor Justinian wahrscheinlich nur an dem Provinzialboden durch einfache pacta oder durch Stipulationen bestellt werden konnten, und daß Justinian später das Recht der Provinzialgrundstücke generalisirt habe.

Härtel betrachtet den Vertrag, indem er in seiner

Schrift: de servitutibus per pacta et stipulationes constituendis ex jure Romano. Lips. 1828. von dem Gesichtspunkte ausgeht, daß die jura in re, obligationes rei sind, als eine passende Bestellungsform der Servituten und aller jura in re überhaupt, und findet es ganz in der Ordnung, daß das römische Recht die Servituten durch den Vertrag entstehen ließ. Er hebt folgende Antithese hervor: daß nicht der Vertrag eine unpassende Form für die Bestellung der Servituten sei, sondern daß die quasi traditio es ist, die auch wirklich in keiner Periode des römischen Rechts zu diesem Zwecke angewendet worden sei. Ursprünglich sagt er, konnten die Servituten durch Verträge nur an einem Provinzialboden bestellt werden, später sei das Recht der Provinzialgrundstücke, und zwar aller Wahrscheinlichkeit nach seit Zeno generalisirt worden.

Als Resultat aus dem Vorhergehenden ergiebt sich dies, daß die Servituten, als dingliche Rechte aus einem Vertrage nicht entstehen können. Dies bezieht sich auf alle Dienstbarkeiten. Manche Rechtsgelehrte, welche die richtige Ansicht vertheidigen, machen von dieser allgemeinen Regel einige Ausnahmen, Sie meinen nämlich: daß die Servituten in folgenden zwei Fällen aus Verträgen entstehen;

a) wenn eine negative Servitut bestellt wird:
b) wenn eine Servitut deducirt wird; [97])

Aber diese Meinung entbehrt jedes Grundes, indem

---

97) Möge hier die Bemerkung Platz finden, daß Pomponius (Fragm. 8. Comm. praed.) auch in diesem Falle eine brevi manu traditio annahm, wenn Jemand zwei praedia zugleich an zwei verschiedene Personen tradirte, und dabei dem Einen zu Gunsten des Andern eine Servitut auflegte. Diese Meinung ist aber von Ulpian Fragm. 6. eod. gemißbilligt worden und zwar mit Recht, weil man in diesem Falle die traditio der Servitut nicht fingiren kann, da Niemand die Servitut für einen Andern erwerben, noch mit ihr dessen Prädium belasten kann, außer in dem Falle, wo er als dessen Stellvertreter handelt, an welchen letztern Fall hier aber nicht gedacht werden kann.

die Dienstbarkeiten in diesen Fällen durch die zu dem Vertrage hinzutretende brevi manu traditio, gegründet werden, welche wie schon gesagt wurde, als die regelmäßigere Errichtungsform der Servituten zu betrachten ist, indem sie nur bei den Personalservituten — falls der Servitutinhaber die Detention der Sache, nicht hat — zur Anwendung nicht kommt (S. 149.).

## Ueber die erwerbende Ersitzung der Servituten.

Aus dem Fragm. 4. §. 29. de usurp.

„Libertatem servitutum usucapi posse verius est, *quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia* [98]), *quae servitutem constituebat*, non etiam cam, quae libertatem praestat sublata servitute“ etc.

geht es hervor, daß die Servituten vor der Lex Scribonia [1]), über deren Alter nichts Sicheres gesagt werden

---

98) Manche Juristen glauben, daß mit diesem Fragment das Fragment aus Pauli recep. sent. 1. 17. §. 2.

„servitus hauriendae aquae vel deducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur“

im Widerspruch steht. Aber dieses Fragment spricht gar nicht von der erwerbenden zweijährigen Verjährung, sondern von der Unterbrechung durch Nichtgebrauch. Der Sinn desselben ist folgender: Die Servitut werde erhalten, wenn sie auch nur alle zwei Jahre einmal ausgeübt wird. —

1) Auch über die Gründe, welche auf die Aufhebung der acquisiven Servitutenverjährung eingewirkt haben mögen, wird viel gestritten. Stever leitet ihre Aufhebung in seiner Schrift de servitutibus S. 262. aus dem Umstande her, daß dies in den Zeiten der bürgerlichen Unruhen, wo Jeder nach Willkühr um sich griff, besonders nöthig geworden sei. — Dieser Grund ist gewiß unpassend. In den Zeiten der bürgerlichen Unruhen thut das Aufhören derselben noth und die Einführung einer gesetzlichen Ordnung, nicht aber die Aufhebung der acquisitiven Servitutenverjährung.

Seckendorf sucht in dem Archiv für civ. Praxis B. IV. S. 85. den Grund darin, daß es in den meisten Fällen sehr schwer sei, mit

kann, der usucapio unterworfen waren. Aber es frägt sich, ob dieselbe bei allen Dienstbarkeiten zur Anwendung kam, oder nur bei einer bestimmten Art. Meiner Meinung nach waren nur die Gebäudeservituten derselben unterworfen, und zwar nicht alle, sondern nur diejenigen, welche sich in dem gebauten opus verkörpern. Es waren also von dieser Usucapion frei;

a) alle negativen Gebäudeservituten;

b) die s. fumi immittendi stillicidii recipiendi und servitus cloacae.

Ich gehe nämlich von der Annahme aus daß die genannte usucapion der Eigenthumsersitzung analogisch nachgebildet war, und daß ihr folgender Gedanke zu Grunde lag, da das Eigenthumsrecht, also eine res incorporalis, durch die Usucapion der Sache, in welcher sich dasselbe verkörpert, erworben wird, so mögen auch nach dessen Analogie die Dienstbarkeiten, welche sich in einem opus exstructum verkörpern, durch die Usucapion des opus erworben werden. Dies ist freilich nur eine Hypothese, aber die Sachen ste-

---

Gewißheit zu schließen, ob Jemand eine bestimmte Befugniß als Servitut ausgeübt hat, also so ausgeübt hat, wie dies zur Ersitzung der Servitut nöthig ist, daß es hiermit sehr wünschenswerth sein mußte, durch eine Lex dieser schwankenden Ungewißheit ein Ende zu machen. Abgesehen davon, daß die Entscheidung der Frage, ob Jemand eine bestimmte Befugniß mit dem erforderlichen animus ausgeübt hat, mit so großen Schwierigkeiten nicht verbunden ist, wie dies Seckendorf behauptet, so ist auch gar nicht einzusehen, daß die Rücksicht auf die Schwierigkeit des zu der genannten Ersitzung erforderlichen Beweises ein Grund für die Aufhebung derselben überhaupt sein sollte. Mir scheint, daß man der Wahrheit sich am meisten nähert, wenn man davon ausgeht, daß die genannte Usucapion aus dem Grunde aufgehoben wurde, weil man später eingesehen haben mochte, daß die Fortdauer einer der Eigenthumsersitzung analog nachgebildeten Servitutenersitzung sich nicht ganz rechtfertigen läßt, indem zwischen den in einer res corporalis sich verkörpernden Dienstbarkeiten und zwischen dem Eigenthum der wichtige Unterschied stattfindet, daß der Servitutinhaber den animus dominii in Betreff des opus exstructum nicht hat.

hen einmal so, daß man darüber nur Hypothesen aufstellen kann. Es kommt nur darauf an, daß die Hypothese eine wahrscheinliche ist, und die Annahme, daß die alte usucapio servitutum sich ebenso nur mittelbar und indirect auf die Dienstbarkeiten bezog, wo sich die Eigenthumsersitzung nur mittelbar und indirect auf das Eigenthumsrecht bezieht, hat viel für sich, indem eine direct und unmittelbar auf dieselben gehende Usucapion aus zwei Gründen unzulässig war:

a) darum, weil es zu den Zeiten der alten usucapio noch keine quasi possessio der Dienstbarkeitsrechte gab, und wo kein Besitz ist, der Natur der Sache nach auch keine directe Ersitzung stattfinden kann;

b) darum, weil die Usucapion überhaupt nur auf corpora, nicht aber auf res incorporales, auf Rechte direct geht, was schon daraus sich ergiebt, daß nirgends in den Quellen gesagt wird: dominium usu capitur, sondern immer nur res usu capitur oder usucapionibus dominium acquiritur. [2]) Das ergiebt sich auch daraus daß in dem Fragm. 4. §. 29. de usucp. usucapio quae servitutem constituebat und nicht schlechtweg usucapio servitutis gesagt wird.

Die letztere Behauptung scheint sich zwar auf den ersten Blick durch den Umstand zu widerlegen, daß es, wie uns Gajus in seinem Institutionencommentar II. §. 52 — 58 berichtet, früher eine usucapio haereditatis also einer res incorporalis gab.

Aber ich bin dennoch so hartnäckig, bei meiner Meinung zu bleiben, denn

---

[2]) Cf. Fragm. 9. de usurp.
„usucapionem recipiunt maxime res incorporales.“
Das maxime hat hier die Bedeutung von utique. d. h. es drückt nicht das Hauptsächliche, das Gewöhnliche, sondern das Alleinige, das eine Mögliche aus, und es kann deutsch mit „namentlich“ übersetzt werden. Cf. auch das Fragm. 43. §. 1. de acquir. rer. dom.
„res incorporales nec traditionem, nec usucapionem recipiunt.“

a) ist die alte usucapio haereditatis sehr anomolischer Natur indem die haereditas, ohne überhaupt besessen zu werden, usucapirt wird. Daß dieselbe aber nicht besessen werden konnte, ergiebt sich von selbst, da es damals noch keine quasi possessio gab, sondern nur eine vera possessio, die nur auf corpora ging. Die Sache ist also die, daß die haereditas auf Grund der possessio rerum haereditariaram usucapirt wurde, und zwar was ebenfalls sehr anomalisch ist, auf Grund der possessio überhaupt, ganz einerlei, ob sie eine bonae oder eine malae fidei possessio war.

b) ist auch wirklich später die Ansicht durchgedrungen, daß die usucapio haereditatis allen Rechtsprincipien widerspricht, Cf. Gajus eod.

„quamvis postea creditum sit, ipsas haereditates usucapi non posse.

Ueber die rechtliche Begründung der acquisativen Verjährung der Dienstbarkeiten wird sehr viel gestritten.

Unterholzner (Verjährungslehre §. 196.), der ihre Anwendung nur auf Gebäudeservituten beschränkt und darunter eine direct und unmittelbar auf dieselben gerichtete Usucapion versteht, behauptet dieselbe sei darum nur auf Gebäudeservituten gerichtet gewesen, weil nur die genannten Dienstbarkeiten continue besessen werden.

Die Auffassung Unterholzners beruht aber auf einem dreifachen Mißverständniß;

a) darauf, als ob von einer direct und unmittelbar auf die Dienstbarkeiten gerichteten Ersitzung in den Zeiten der alten usucapio, wo es bekanntlich noch keine quasi possessio der Servituten gab, die Rede sein könnte;

b) darauf, als ob alle Gebäudeservituten continue besessen wären (S. 156. u. 157.);

c) darauf, als ob die Usucapion — vorausgesetzt, daß

sie auf die Servituten eine directe Anwendung überhaupt finden könnte, die Forderung einer possessio continua erhalten müßte.

Wenn die aquisitive Ersitzung des Eigenthums nur dann erfolgen kann, wenn die Sache continue besessen wird, so geschieht dies darum, weil hier Besitz und ununterbrochener Besitz ganz identisch sind, weil es eine discontinua possessio corporum überhaupt nicht geben kann, indem eine jede Unterbrechung den Verlust des Besitzes mit sich bringt [3]). Ganz anders verhält sich aber die Sache mit den Dienstbarkeiten. Hier giebt es zwischen der possessio continua und zwischen dem Verlust noch ein Mittelglied, nämlich die possessio discontinua, ja hier ist sogar die possessio discontinua etwas Gewöhnliches.

Zu diesem Mißverständniß hat sich Unterholzner offenbar durch das Fragm. 14. de servit.

„servitutes praediorum etiamsi corporibus accedunt incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamquae possessionem, nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Item etiam in servitutibus praediorum urbanorum,“

verleiten lassen, welches er so paraphrasirt: Es gebe zwei Gründe, aus welchen die Servituten nicht usucapirt werden können, der Hauptgrund liege darin, daß sie continue nicht besessen werden können, ein zweiter weniger wichtiger und entscheidender Grund liege in ihrer Unkörperlichkeit. Der erste Grund passe allein auf die Felddienstbarkeiten, daher widerstrebe die aquisitive Erwerbung ihrer innersten

---

3) Der Grund aber, warum die possessio einer res corporalis stets eine continua ist, liegt darin, daß die possessio durch Detention der Sache sammt dem animus dominii ausgeübt wird, die Detention aber, sowie der animus dominii entweder ununterbrochen fortdauern, oder ganz aufhören müssen.

Natur. Der zweite Grund passe auch auf die Gebäudeservituten. Da aber der zweite, nicht auch der erste, auf sie passe, und da er allein von großer Wichtigkeit nicht ist, so ließe sich bei den Gebäudeservituten an eine acquisitive Verjährung denken, aber die Lex Scribonia habe sie aufgehoben [4]). Es ist freilich wahr, daß der Jurist zwei Gründe der Usucapionsunfähigkeit der Servituten hervorhebt. Aber es ist unrichtig, wenn Unterholzner behauptet, daß er den Hauptgrund darin findet, daß sie keine certa ac continua possessio haben. Ferner ist es auch unrichtig, wenn Unterholzner in dem Fragm. einen Hinweis auf die Lex Scribonia finden will. Die Sache ist die: der Jurist findet den Hauptgrund gegen die Usucapionsfähigkeit der Dienstbarkeiten darin, daß sie res in corporales sind. Daneben erwähnt er auch den Umstand, daß sie keine continua possessio haben. Aber dieser Umstand ist aus der Betrachtung des geltenden Rechts hergeleitet. Freilich verdient der Jurist den Vorwurf, daß er nicht auf den Grund der Sache eingegangen ist. Hätte er dies gethan, so würde er zu dem Resultate gekommen sein, daß eine continua possessio darum von der usucapion in dem geltenden Rechte vorausgesetzt werde, weil die usucapion nur auf res corporales paßt welche continue besessen werden. Schließlich noch die Bemerkung: am Ende des Fragm. werden die Gebäudeservituten darum besonders hervorgehoben, weil der Jurist unmittelbar vorher über die possessio discontinua sprach, und nur die Felddienstbarkeiten beispielsweise angeführt hatte.

Ganz ähnlich ist die Ansicht Hoffmann's §. 19. „In den frühern Zeiten meint er, kannte man keine Ersitzung der Servituten, da der Gegenstand, der Zweck derselben, als etwas Unkörperliches erschien, was nicht wie

---

4) Noch anders paraphrasiren diese Stelle Donellus Com. jur civilis IX. 11. und Francke Civ. Abhandl. S. 161. —

eine körperliche Sache fortdauernd inne gehabt werden konnte. Es mangelte an dem ersten Erfordernis der Verjährung, an dem fortdauernden Besitze. Da indessen bei den Gebäudeservituten die Zwecke in einem gewissen Zustande des herrschenden Prädiums sich äußerlich darstellen, so erkannte man auch hier einen Besitz der Servituten an, [5]) und wurde demnach die Möglichkeit einer Ersitzung für den Fall angenommen, wenn ein Gebäude in einem zur Benutzung eingerichteten Zustande die Usucapionszeit hindurch besessen worden war." —

Manche Rechtsgelehrte, z. B. Schmidtlein in Civ. Archiv IX. S. 158. stellen die umgekehrte Behauptung auf und meinen, daß die alte usucapio nur bei den Felddienstbarkeiten zur Anwendung kam. Sie berufen sich auf Cicero Orat. pro Caecina C. 26.

„fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi, hoc est finis solicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur." —

indem sie die Worte: rata auctoritas, mit dem Worte usucapio, identificiren. Der Gedanke Cicero's ist wohl folgender: Der verstorbene Vater kann Einem einen fundus hinterlassen, ohne daß dieser dadurch ganz sicher wird vor Vindication desselben, ohne daß dieser durch die Berufung auf das reine Factum, daß er den Besitz desselben nach dem Tode des Vaters angetreten hat, zum wirklichen Eigenthümer des Grundstücks wird. Das Eigenthum gründe sich nämlich nur auf einen objectiven Rechtstitel, etwa auf usucapio, (die Usucapion wird offenbar nur beispielsweise erwähnt; Cicero hätte ebenso gut Kauf, oder sonst

---

5) Dies widerspricht der herrschenden Ansicht, da nach dieser der Besitz der Servituten weit späteren Ursprungs ist. —

etwas anders sagen können,) und nur derjenige, der sich auf einen solchen zu berufen im Stande ist, sei sicher vor gerichtlichen Angriffen, (periculum litis.) Dasselbe finde auch bei andern Rechtsverhältnissen statt, z. B. bei der servitus aequaeductus, iter etc. Der Vater kann sie zwar hinterlassen, aber ob sie rechtlich anerkannt werden sollen (rata auctoritas ist nämlich zu übersetzen mit „rechtlicher," oder wenn man will, mit „gerichtlicher Anerkennung,") das hänge von ganz andern Dingen ab, es hänge nämlich nicht von dem Einzelwillen des Vaters, sie auf seine Söhne übertragen zu wollen, nicht von dem reinen Factum, daß sie vom Vater her hinterlassen wurden, sondern einzig und allein von dem Willen des Gesetzes, also davon ab, ob ihre Entstehung sich auf einem objectiven Rechtsgrunde stützt. —

Man beruft sich ferner auf eine sehr dunkle Stelle aus dem Commentar des Aggenus Urbicus zum Frontinus, welche sich bei Goesius script. rei agrariae pag. 53 findet. —

„Quod usucapi non potest. Non enim iter, quo ad culturas pervenitur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit."

Der Sinn dieser dunkeln Stelle ist aber wohl, wie Savigny glaubt, dieser: Der Grenzrain dient als Weg und zum Umwenden des Pfluges, und wird, da er eben nur dazu dient, nicht aber auch zum Fruchtertrage, nicht usucapirt. Denn man kann nur dasjenige usucapiren, was man zwei Jahre hindurch in usu hatte, also nur einen Acker, den man besäet, pflügt, kurz zum Fruchtertrage braucht, nicht aber ein bloßes iter, das gar nicht bebaut wird, sondern nur als Zugang dient.

Endlich beruft man sich noch auf eine unter dem Consulat des Paulus und Marcellus erlassene Lex Scribonia viaria oder vinearia, indem man davon ausgeht, daß dieselbe mit der Lex Scribonia, welche die Servi-

tuten aufhob, ganz einerlei ist. Diese Annahme ist aber unbewiesen. —

Schilling behauptet endlich in seinen Bemerkungen über Rg. S. 169. Not. 449. daß alle Servituten überhaupt, sowohl Personal- als auch Gebäudeservituten und Felddienstbarkeiten, der alten usucapio unterworfen waren.

## Ueber die longa quasi possessio. [6])

Einige Zeit nach der quasi possessio entstand als eine der Folgen derselben, (die zweite Folge ist der Interdictenschutz) ein neue Ersitzungsart der Servituten unter dem Namen der longa quasi possessio, diuturnus usus, longa consuetudo, und zwar ganz gewiß nicht auf Grund einer gesetzlichen Verordnung, wie sich dies

a) theils aus dem Umstande daß sie mit einer actio utilis geschützt wird;

b) theils aus den Worten des Fragm. 1. ult. de aqu. et aqu. pluv. arc. act.

ergiebt, sondern auf Grund eines durch die auctoritas der Jure consulti gestützten Gerichtsgebrauches.

Ueber dieselbe reden viele Fragmente, z. B. das Fragm. 10. si serv. vind. 1. §. ut. de aqua et aq. pluv. arc. act.

Ueber ihre Natur wird viel gestritten. Manche z. B. Duroi im Archiv für civil. Prax. VI. 287. halten sie geradezu für eine Art Gewohnheitsrecht,

Diese curiose Ansicht wird gestützt:

a) auf dem Worte longa consueludo,

---

6) Oft werden in den Quellen diejenigen Dienstbarkeiten, welche durch Ersitzung entstanden sind: servitutes per patientiam constitutae genannt und so den servitutes per traditionem constitutae entgegengesetzt. cf Fragm. 11. §. 1. de Publ. act.

„ — itemque servitutibus — per traditionem constitutis, vel per patientiam“ etc.

b) auf dem Umstande, daß es nicht einzusehen sei, warum es nicht eben so gut eine consuetudo inter partes geben könnte, wie es eine consueludo für ein ganzes Landdistrict, Stadt giebt [7])

Das erste Argument beweiset nichts, noch weniger das zweite. Der Hinweis auf das Gewohnheitsrecht ist hier unzulässig, denn man kann sich nur dann auf die Analogie berufen, wenn die Dinge gleichartig sind. Daß aber das Gewohnheitsrecht mit den Dienstbarkeiten nicht gleichartig ist, springt in die Augen. Die Servitut ist ein unter Privaten begründetes Rechtsverhältniß, das Gewohnheitsrecht ist eine Norm, nach welcher die Rechtsverhältnisse begründet und beurtheilt werden sollen.

Die genannte Servitutenersitzung setzt zwei Requisite voraus:

a) den Besitz der Servitut, welcher wie ich schon oben bemerkt habe, die bona fides des Besitzenden involvirt, indem es eine molae fidei possessio der Dienstbarkeiten überhaupt nicht giebt [8]). (Hasse hat

---

7) In welcher Zeit diese Gewohnheit inter pates entstehe, darüber meint Duroi existire kein Gesetz, und so habe der Richter zu entscheiden ob die Servitut eine hinreichende Zeit hierdurch ausgeübt wurde.

8) Es ist etwas ganz Gewöhnliches, daß man das Requisit der bona fides noch besonders hervorhebt. Dies ist aber nicht nöthig, indem es sich von selbst versteht. Und in der That findet sich auch nirgends in den Quellen eine nähere Erwähnung des Erfordernisses der bona fides.

Eigenthümlich ist die Art und Weise, wie Hoffmann §. 95—97 das Requisit der bona fides zu begründen sucht. Seine Argumente lauten etwa so: Es kann Jemand, sagt er, die Servitut im guten Glauben in folgenden zwei Fällen ausüben:

a) wenn er glaubt, daß sein Vorgänger im Eigenthum dieselbe erworben hat, daß sie also mit dem Eigenthum als dessen Accession auf ihn übergegangen ist;

b) wenn er glaubt, daß er selbst die Servitut erworben hat. Dieser letztere Fall kann auf zweifache Weise eintreten:

zwar im Rhein, Mus. v. 1828 die Ansicht durchzuführen versucht, daß zur Ersitzung der Servituten

---

α) er übt die Servitut in dem festen Glauben aus, daß der Eigenthümer dagegen nichts haben werde, aber mit dem Vorsatz ihre Ausübung zu unterlassen, wenn der Eigenthümer einen Einspruch dagegen erheben sollte.

β) er übt sie in dem Glauben, daß er dieselbe wirklich erworben hat. —

In allen diesen genannten Fällen werde, meint Hoffmann, der Besitzer in seinem Glauben durch das Schweigen des Eigenthümers, welcher, da der Besitz nec vi, nec clam, nec precario erworben wurde, einen Einspruch thun kann, noch mehr bestärkt. Daraus ergebe sich von selbst, daß der nicht vitiöse Besitz gleichsam als eine Rechtfertigung der bona fides zu betrachten sei, und da das Requisit eines nicht vitiösen Besitzes gefordert wird, so müsse auch die bona fides mit gefordert werden. — Gegen diese Deduction ist Manches einzuwenden. Zunächst ist dies ganz falsch, daß Jemand bonae fidei possessor der Dienstbarkeit ist, wenn er dieselbe nur in dem Glauben besitzt, daß der Eigenthümer nichts dagegen haben werde, sei es auch, daß er dabei den Vorsatz hat, die Ausübung derselben im Falle des Einspruchs zu unterlassen. Diese Behauptung widerlegt sich durch das Fragm. 7. de itin. actuq. priv.

„si perfundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, *non tamen, tanquam id suo jure faceret sed si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque.*“

Hoffmann bestrebt sich zwar, dies Fragment mit seiner Behauptung durch den Einwand in Einklang zu bringen, daß dasselbe nur in Beziehung auf die Interdicte rede. Dieser Einwand ist aber offenbar ein sehr willkürlicher.

Dann ist zu sagen, daß Hoffmann, indem er im Resumée sagt: „Also erscheint der nicht vitiöse Besitz als eine Rechtfertigung der bona fides, und da derselbe gefordert wird, so muß auch die bona fides gefordert werden, — einen Fehlschluß macht. Um streng logisch zu sein hätte Hoffmann sagen müssen daß nicht der nicht vitöse Besitz als Rechtfertigung der bona fides erscheint, sondern der Umstand, daß der Eigenthümer keinen Einspruch gethan hat, wiewohl er, da die Servitut nec vi, nec clam u. s. w. ausgeübt wurde, einen Einspruch thun konnte.

keine bona fides erforderlich ist, aber seine Behauptung halte ich für unrichtig (cf. S. 147.);

b) den nicht vitiösen Erwerb des Besitzes, d. h. einen Erwerb, der weder vi, noch clam, noch precario geschah. —

Unter Vis wird Beides verstanden:

a) Die Anwendung eines offenen Widerstandes, möge der Widerstand unmittelbar von dem Besitzer der Servitut oder von einem Dritten mit dessen Willen in der Absicht ausgegangen sein, um die Einsprache des Eigenthümers und damit die Unterbrechung der quasio possessio zu verhindern.

Fragm. 1. §. 8. quod vi aut clam.

b) solche Ausübung der Servitut welche ungeachtet des Widerspruchs des Eigenthümers geschieht, also der Ungehorsam des Besitzenden, gegenüber der Aufforderung des Eigenthümers.

Fragm. 1. §. 5. eod. Fragm. 20. §. 1. eod.

Das Vitium der Clandestinitas, Cf. Fragm. 3. §. 7. und 8. eod.) ist vorhanden, wenn der Eigenthümer aus Unwissenheit, daß ein Anderer die Servitut ausübt, den Besitz derselben nicht unterbrechen kann. Die ignorantia des Eigenthümers kann auf einem zweifachen Grunde beruhen:

a) darauf, daß die Handlung, durch welche die Servitut ausgeübt wird, an sich nicht geeignet ist, zur Wissenschaft desselben zu gelangen;

b) darauf, daß der Besitzer der Servitut die Ausübung derselben absichtlich verheimlicht. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn er den servus oder ein Lastthier in der Absicht verheimlicht, um die servitus operarum auszuüben.

Das Vitium der Clandestinitas wird im ersten Falle durch die Anzeige an den Eigenthümer oder Stellvertreter

purgirt, selbst eine Anzeige an die Frau genügt, ja sogar, falls der Eigenthümer abwesend ist und keinen Stellvertreter hinterlassen hat, eine Anzeige an seine Freunde.

Fragm. 5. §. 2. 3. eod.

Der Begriff des Precarium in seiner Anwendung auf die Servituten bezeichnet eine solche Ausübung der Servitut, welche von dem Eigenthümer unter dem Vorbehalt gestattet wurde, dieselbe nach Willkür zu untersagen. —

Fragm. 2. §. 3. de precario.

Daß übrigens der Begriff des Precarium eine bittweise erwirkte Ausübung der Servitut nicht voraussetzt, wie man dies aus dem eben citirten Fragmente schließen könnte, geht aus Paulus V. 6. §. 11. hervor.

Es frägt sich, ob ein justus titulus erforderlich ist? Diese Frage wurde von Bessel im Archiv für civilist. Praxis XIII. 380 aufgestellt und bejahend beantwortet.

„Früher, sagt Bessel, konnten die Servituten nur durch streng civilrechtliche Rechtsacte d. h. durch mancipatio, in jure cessio und legatum begründet werden. Der Prätor führte eine neue Erwerbsart juris gentium, nämlich die Tradition ein und wandte diese auch auf die Servituten an. Zu dem Erwerbe durch die Tradition kam später, nachdem die quasi possessio der Servituten entstand, der Erwerb durch Ersitzung hinzu. Daß der justus titulus ein nothwendiges Requisit dieser Ersitzung war, dies lasse sich, meint Bessel, daraus schließen, daß die ganze Lehre vom Rechte und Besitze der Servitut, von der actio confessoria und Publiciana auf die Grundlage vom Eigenthum und Besitz, von der vindicatio und actio Publiciana körperlicher Sachen gebauet ist, daß sie sich aus diesen Grundsätzen überall erzeugt, daß sie sich höchst unvollkommen ausgebildet haben müßte, wenn man genöthigt wäre, sie zu isoliren, und durch Spaltung der Begriffe aus dem Zusammenhange, zu welchem sie gehört,

aus dem Leben, in welchem sie entstanden ist, aus dem System eines positiven Rechts, in welchem sie die passende Stelle einnimmt, zu trennen. Schon wegen dieser engen Verbindung zwischen Eigenthum und Servitut läßt sich nicht glauben, daß die Erwerbung der Servituten durch Verjährung sich auf ganz verschiedene Weise gebildet haben sollte.“ Dieses auf allgemeinem Raisonnement beruhende Argument Bessels hat für mich wenigstens keine überzeugende Kraft.

Die Bessel'sche Ansicht wird durch das Fragm. si serv. vind. widerlegt.

Aus demselben ersieht man deutlich genug, daß zur Servitutenersitzung kein justus titulus erforderlich ist. Bessel ist freilich einer andern Meinung. Er sagt nämlich, aus dieser Stelle gehe nicht dies hervor, „daß der justus titulus überhaupt nicht erforderlich sei, sondern nur dies, daß derjenige, welcher sich auf Verjährung beruft, seine civilrechtliche Begründungsform, z. B. ein Legat, Mancipation, in jure cessio nachzuweisen nicht brauche.“ Diese Interpretation ist aber, wie Vangerow richtig sagt, nur eine Folge der irrigen Grundansicht, an welcher Bessel festhält. Was das c. 2. C. de servit., und c. 12. C. de praescr. longi temporis anbetrifft, auf welche Bessel verweiset, so enthalten die Worte exemplo rerum immobilium, welche sich in dem ersteren, und die Worte „eodem observando etc.“ welche sich in dem letztern Fragmente finden, offenbar nur eine Hinweisung auf die bei der Eigenthumsersitzung erforderliche Zeitdauer, nicht aber die Hinweisung auf alle bei der Eigenthumsersitzung vorkommenden Requisite. Was die im C. 12. befindlichen Worte „*bono initio*“ anlangt, auf welche Bessel ein großes Gewicht legt, so werden diese nur beiläufig gesagt und sie beziehen sich nicht auf den justus titulus, sondern auf die bona fides und auf eine non vitiosa possessio.

Manche Juristen, wie z. B. Thibaut, geben zu,

daß zwar kein solcher justus titulus bei der Servitutenersitzung gefordert werde, wie bei der Eigenthumsersitzung, daß aber so ganz ohne allen justus titulus die Servitutenersitzung nicht erfolge, indem die scientia dominii denselben vertrete. Sie berufen sich auf c. 2. C. de serv. et aqua. wo die Worte „eo scienle“ vorkommen. Die Entstehung dieser Ansicht denke ich mir so: man findet den justus titulus bei der Eigenthumsersitzung, man findet ihn bei der Servitutenersitzung nicht. Dies frappirt, da man sich gewöhnt hat, den justus titulus mit dem Begriff einer Ersitzung zu verbinden. So sucht man wenigstens noch etwas Analogem, und freuet sich darüber, so Etwas in der *scientia dominii* gefunden zu haben. Wenn sich Thibaut und seine Anhänger auf die in dem citirten Fragmente vorkommenden Worte „eo sciente“ berufen, so verwechseln sie mit einander zwei ganz verschiedene Begriffe. Denn die scientia dominii ist nicht eine Art der Rechtfertigung der bona fides — was der justus titulus immer ist, und was sie, wenn sie den justus titulus vertreten möchte, sein müßte — sie ist vielmehr weiter nichts, als eine nothwendige Voraussetzung einer quasi possessio non clandestina. Ihr Hinzutritt rechtfertigt nicht die bona fides des possessor, sondern verwandelt die posssesio clandestina in eine possessio non clandestina.

Was die Zeitdauer anbetrifft, so geht die herrschende Lehre dahin, daß dieselbe nach der Analogie der praescriptio des Eigenthums auf 10 Jahre unter Anwesenden und auf 20 Jahre unter Abwesenden festgesetzt wurde. Gegen diese Ansicht hat sich aber Zimmer in den Römisch-rechtl. Untersuchungen von Neustetel und Zimmer L. I. Nr. 5. 6. erklärt, indem er davon ausgeht, daß die Servitutenersitzung an keine gesetzlich bestimmte Zeitdauer geknüpft ist, daß es hier dem richterlichen Ermessen anheimgestellt wird, in jedem einzelnen Falle nach den individuellen Umständen zu bestimmen, in welcher Zeit die

Servitut erworben werden solle. Seine Hauptargumente sind folgende:

a) es werde in den Quellen der praescriptio keine Erwähnung gethan, sondern es werde nur vom Erwerbe der Servituten durch einen sehr lange Zeit fortgesetzten Gebrauch derselben gesprochen;

b) darauf weise auch der Ausdruck velustas hin, der in dem Fragm. 2. de aqua et aq. pluv. 26. eod. und 3. §. 4. de aqua quot. vorkommt, so wie die demselben gleichbedeutenden unbekannten Ausdrücke: tempore, diuturno usu, longa consuetudine, longi temporis consuetudo, longi temporis praerogativa;

c) auch aus zwei Fragmenten, nämlich aus dem Fragm. 10. si serv. vind. und 10. §. 1. de usurp. gehe es klar hervor, daß die erwerbende Verjährung der Servituten an eine bestimmte Zeit nicht geknüpft wurde. In dem ersten der genannten Fragmente deuten die Worte: utilem habet actionem, ut ostendat, *per annos forte tot* usum se — auf eine unbestimmte Zeit hin. In dem zweiten Fragmente werde gesagt: hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis non possint. Um dasselbe mit den übrigen Fragmenten, wo von der Zulässigkeit einer erwerbenden Verjährung die Rede ist, in Einklang zu bringen, müsse man annehmen, daß das longo tempore capi auf 10- oder 20jährige Verjährung sich beziehe;

d) wenn man sich auf das Fragm. 2. C. de servit. und 12. C. de praeser. longi temp. berufe, so thue man Unrecht; denn das erste Fragment rede nicht von einer völligen Gleichstellung der Zeitfristen, und die Endworte des zweiten Fragments können, insofern es keine praescriptio definita bei der Erwerbung

der Servituten gebe, nur auf die erlöschende Verjährung bezogen werden.

Diese Ansicht widerlegt sich zunächst dadurch, daß sie an sich höchst unwahrscheinlich ist. Es wäre dies jedenfalls ein ganz anomaler Fall, wenn man ausnahmsweise bei der erwerbenden Verjährung der Servituten keine bestimmten Zeitfristen festgesetzt hätte, zumal da die Analogie der praescriptio des Eigenthums von selbst darauf führte. Und dann, wie wäre es denkbar, daß man die Entscheidung dieses höchst wichtigen Punktes der richterlichen Willkühr ganz anheimgestellt hätte, ohne dem Richter irgend eine Entscheidungsnorm an die Hand zu geben. Die von Zimmer angeführten Argumente lassen sich sehr leicht entkräften. So ist der Umstand, daß der praescriptio nirgends Erwähnung gethan wird, von gar keinem Belange, da das Wort praescriptio nicht auf die nöthigen Zeitverhältnisse sondern auf die Wirkungen geht. Was den Ausdruck velustas anbetrifft, so deutet dieser freilich auf eine sehr lange und unbestimmte Zeit hin, aber nicht in dem Sinne, wie dies Zimmer glaubt, denn dieser Ausdruck bezieht sich auf die gewöhnliche erwerbende Verjährung, sondern auf die unverdenkliche Verjährung, welche auf einem andern Grunde, wie die ordentliche Verjährung beruht. Was die übrigen Ausdrücke: diulurnus usus, longum tempus etc. anbelangt, so muß entschieden geleugnet werden, daß die Römer beim Gebrauche derselben die Idee einer Unbestimmtheit der Zeit verbunden hätten, vielmehr deuten diese auf die bestimmte Zeit von 10 resp. 20 Jahren. Wenn sich Zimmer auf die Worte des Fragm. 10. si serv. vind. — per annos forte tot beruft, so hat er auch damit nichts gewonnen, denn man kann davon ausgehen, der Jurist habe sich absichtlich so unbestimmt ausgedrückt, indem er nur im Allgemeinen die Sache darstellen wollte. Was das Fragm, 10. §. 1. de usurp. anbetrifft, so unterstützt dasselle die Zimmersche Behaup-

tung nicht, dasselbe enthält nämlich den ganz einfachen allgemeinen Gedanken, daß Prädialservituten als Accessionen der praedia an und für sich nicht erworben werden können, sondern immer nur von demjenigen durch Verjährung erworben werden, welcher die Hauptsache hat [9]). Nicht glücklicher ist Zimmer bei dem negativen Theile seines Beweises. Wenn Zimmer annimmt, daß die Endworte des Fragm. 12. C. de praescr. long. temp. sich auf die erlöschende Verjährung beziehen, so widerlegt sich dies schon dadurch, daß der erste Theil desselben von der erwerbenden Verjährung spricht. Wie wäre es denkbar, daß in dem Vordersatze von der erwerbenden, und in dem unmittelbar darauf folgenden Schlußsatze von der verlierenden Erlöschung die Rede sein sollte.

Was das Fragm. 2. C. de servit. anbetrifft, so ist freilich in demselben keine Hinweisung auf die 10- resp. 20jährige Ersitzung enthalten, was sich aber hinlänglich daraus erklärt, daß es zur Zeit des Kaisers Antonius noch keine zehn- oder zwanzigjährige Eigenthumsverjährung gab. Zum Behuf der Erklärung dieser Stelle muß, wie Unterholzner behauptet, folgender concreter Fall vorausgesetzt werden: ein gewisser Martialis habe dem Kaiser vorgestellt, daß er eine Wassergerechtigkeit schon lange ausgeübt habe, und daß er dieselbe nec clam besitze, indem der frühere Eigenthümer, der zufällig Martialis geheißen habe, von diesem Besitze wußte. Der jetzige Eigenthümer

---

9) Daß diese Stelle ursprünglich so gelesen wurde: „hoc jure utimur, ut servitutes per se nunquam usucapi possint (d. h. weder bei italischen noch bei Provincial-Grundstücken) cum aedificiis possint," wird allgemein und mit Recht angenommen. Freilich sind die Compilatoren, wie Unterholzner sehr richtig bemerkt, von dem Vorwurf der Flüchtigkeit nicht freizusprechen. Sie waren, meint er, gewohnt, überall, wo früher usucapi in Bezug auf die unbeweglichen Sachen stand, longo tempore capi zu setzen, und so haben sie es auch hier gethan, wiewohl das Wort nicht paßt, indem die Servitutenersitzung mit der longi temporis praescriptio nicht identisch ist. —

des Grundstücks bestreite übrigens nicht, daß die Servitut nec clam besessen wird. Aber er bestreite die Zulässigkeit der Ersitzung, indem er behauptet, daß es nur eine acquisitive Verjährung der Servituten gebe. Und darauf antwortete der Kaiser, indem er die Behauptung des jetzigen Eigenthümers widerlegt, folgendermaßen: Man könne eben so gut Dienstbarkeiten wie Grundstücke besitzen und ersitzen, es komme nur darauf an, daß der Besitz ein qualificirter ist, daß er nec vi, nec clam, nec precario geschieht, und dies finde in dem vorgelegten Falle wirklich statt. — Vergleiche übrigens Thibaut, da das hier Gesagte im Grunde genommen nur ein Auszug aus dem ist, womit Thibaut die Zimmersche Ansicht widerlegt hat.

## Erlöschung der Servituten.

### I. Durch Untergang des Gegenstandes.

Daß die Personal- und Felddienstbarkeiten durch den Untergang des Gegenstandes, an welchem sie bestellt werden, erlöschen, ist etwas, was sich am Ende von selbst versteht, denn da dieselben in einem *facere in alieno* bestehen, so ist es augenscheinlich, daß sie durch den Untergang der *res aliena* mit untergehen müssen.

Wenn die Sache untergeht, so erlischt die Servitut ipso jure. Vom Wiederaufleben einer so untergegangenen Servitut kann nicht die Rede sein.

Verschieden von den Fällen, wo die Substanz der Sache untergeht, sind diejenigen Fälle, wo die Sache, an welcher eine Personal- oder Felddienstbarkeit haftet, nur ihre specielle Bestimmung verliert. Die Verschiedenheit beider Fälle tritt auch in den Wirkungen hervor, denn in dem letzten Falle wird nur die Ausübung der Servitut suspendirt, vorausgesetzt, daß die Sache noch vor abgelaufener Verjährungszeit ihre frühern species wieder erlangt. Freilich erlischt die Servitut, wenn die Sache nach abgelaufener Verjährungszeit den frühern zur Aus-

übung erforderlichen status quo wieder erlangt, oder ihn überhaupt nicht wieder erlangt, aber ihre Erlöschung gründet sich in diesem Falle auf der erlöschenden Verjährung. Da nun aber möglicherweise mit mehr oder weniger Sicherheit vorhergesehen werden kann, ob der frühere Zustand der Sache innerhalb der Verjährungszeit wieder hergestellt werde oder nicht, so erklärt sich, daß die Quellen in Fällen, wo die Sache ihre Bestimmung verloren hat, bald von der Erlöschung, bald von der Unterbrechung der Servitut reden. So wird in dem Fragm. 10. §. 2. quibus mod. ususfr. amitt. gesagt, daß die Servitut untergeht, wenn eine area (trockener Platz) sich in einen See verwandelt, oder umgekehrt, wenn ein See austrocknet und ein festes Land entsteht, offenbar aus dem Grunde, weil die Wiederherstellung des frühern Zustandes der Sache nicht in Aussicht steht.

Dagegen wird in dem Fragm. 71. 7. 1. von der Möglichkeit des Wiederauflebens des ususfructus gesprochen, indem dasselbe den Fall behandelt, wo ein auf der area gebautes Gebäude untergegangen ist.

Ebenso wird in folgenden Fällen von bloßer Unterbrechung der Servitut mit der Möglichkeit des Wiederauflebens geredet, wenn der ususfructus an einer silva caedua bestellt wird, und sämmtliche Bäume des Waldes untergehen,

Fragm. 10. §. 4. eod.

Fragm. 12. eod.

wenn Sclaven und Thiere zu andern Zwecken benutzt werden, als bisher.

Fragm. 12. §. 1. eod.

wenn die Sache ihre Eigenschaft des Commerciums verliert und zu einer res extra commercium wird,

wenn eine voraussichtlich blos temporär entstandene Ueberschwemmung des Grundstücks eintritt.

Fragm. 24. 7. 4.

Soviel über die Personalservituten und über die Felddienstbarkeiten. Ganz andere Regeln gelten bei den Gebäudeservituten. — Wir wollen zuerst von den affirmativen Gebäudeservituten sprechen. Da die affirmativen Gebäudeservituten im Gegensatz zu den übrigen affirmativen Dienstbarkeiten nicht in einem facere in alieno, sondern in einem facere in suo desjenigen, was man wegen einer entgegengesetzten Servitut nicht thun darf (servitus altius tollendi) oder in einem immittere in alienum bestehen, so folgt von selbst, daß ihre Ausübung nicht im Mindesten gehindert werden kann, wenn das Gebäude untergeht, außer wenn das immittere in alienum speciell ein immittere in aedes alienas bezeichnet, wie dies bei der servitus tigni immittendi und bei der servitus oneris ferendi der Fall ist, welche letztern auch durch den Untergang des Gebäudes unterbrochen werden. Daß aber dieselben nicht erlöschen, sondern nur unterbrochen werden, schließe ich daraus, daß die Möglichkeit des Ausbaues des Gebäudes innerhalb der Verjährungszeit vorhanden ist. — Was die negativen Servituten betrifft, so können dieselben durch den Untergang des dienenden Gebäudes weder untergehen, noch auch unterbrochen werden, indem es in der Natur der Sache liegt, daß die Befugniß einen Andern zu hindern, daß er etwas thue, da sie keine positiven Handlungen von Seiten des Berechtigten involvirt, durch äußere Ereignisse nicht afficirt werden kann, indem es nur von dem Willen des Berechtigten abhängt, ob er dieselbe ausüben will, oder nicht.

### II. Durch die Consolidation.

Da die Personalservituten ein jus in re aliena sind, so versteht sich von selbst, daß dieselben ipso jure erlöschen, müssen, wenn der bisherige Servitutinhaber zum Eigenthümer einer mit der Servitut belasteten Sache wird.
Fragm. 4, 7. 9.

Daß eine so erloschene Servitut nicht mehr wieder aufleben kann, braucht nicht erst gesagt zu werden. Es ist hierbei zu bemerken, daß die Personalservituten in dem Falle nicht erlöschen, wenn der Servitutinhaber die Proprietät der mit der Servitut belasteten Sache aus einem anfechtbaren Grunde, z. B. aus einem testamentum inofficiosum erwirbt.

Fragm. 57. 7. 1.

Die Personalservitut erlischt auch dann nicht, wenn der Servitutberechtigte die Proprietät der Sache nicht zurückbehalten darf, sondern sie an einen Andern herausgeben soll, also nicht in dem Falle, wenn er die Sache per fideicommissum erworben hat.

Fragm. 22. 33. 2.

Daß aber die Servitut in dem Falle erlischt, wenn er die Sache aus einem später eingetretenen Ereignisse herauszugeben verpflichtet ist, also in dem Falle, wenn er z. B. die Servitut sub conditione resolutiva erworben hat, liegt in der Natur der Sache.

### III. Durch Confusio.

Wenn der Eigenthümer des dienenden Prädiums das Eigenthum des herrschenden Prädiums oder umgekehrt erwirbt, so erlischt die Servitut ipso jure und zwar aus dem Grunde, quia nemini res sua servire potest. Ein solcher Untergang der Servitut heißt technisch Untergang durch Confusion. Eine so erloschene Servitut lebt auch dann nicht wieder auf, wenn die beiden praedia verschiedene Herren erhalten.

Fragm. 30. de S. P. U.

Wenn aber nur ein reeller Theil des herrschenden oder des dienenden Prädiums der Herrschaft derselben Person unterworfen wird, so hängt es davon ab, ob der übrig gebliebene Theil des Prädiums einen solchen Umfang hat, daß die Servitut noch ausgeübt werden kann. Ist

dies der Fall, so bleibt die Servitut bestehen ganz so wie sie vor der Theilung war, indem dieselbe untheilbar ist, und kein Grund für ihre gänzliche Erlöschung vorhanden ist. Ist dies der Fall, so erlischt dieselbe ganz.

### IV. Durch die Dereliction, d. h. durch das sofortige Aufgeben der Servitut.

Es ist streitig unter den Rechtsgelehrten, wiewohl die meisten der richtigen Ansicht huldigen, ob die Servitut überhaupt derelinquirt werden kann. Fritz verneint es entschieden in seinen Erörterungen zu Wening Ingenheim B. 1. S. 385. Er gründet seine Ansicht darauf,, daß der Servitutberechtigte zu gleicher Zeit in einer besondern quasi obligatorischen Beziehung zu dem Eigenthümer stehe, welche ihm nicht erlaube, die Servitut zu derelinquiren.

Wären die Folgen einer derelinquirten Servitut die nämlichen, wie die Folgen eines derelinquirten Eigenthums so würde die Meinung des Fritz einen Haltpunkt haben, so aber hat sie keinen. Denn da in dem Falle, wo die Servitut derelinquirt wird, die in ihr enthaltenen Befugnisse zu dem Eigenthum zurückkehren, wenn die derelinquirte Servitut eine Personalservitut oder eine Felddienstbarkeit war, oder einfach erlöschen, wenn eine Gebäudeservitut derelinquirt wurde, so folgt von selbst, daß von einer Verpflichtung des Servitutinhabers dem Eigenthümer gegenüber, die Servitut nicht zu derelinquiren, abgesehen von andern juristischen Gründen, schon aus dem factischen Grunde nicht die Rede sein kann, daß die Dereliction der Servitut dem Eigenthümer sehr erwünscht sein muß, indem sie ihm jedenfalls zum Vortheile gereicht.

Die Dereliction der Servitut kann geschehen:

a) ausdrücklich;

b) sie kann aber auch gefolgert werden aus concludenten Thatsachen.

**Fragm. 8. quemadm. servit. amitt.**

### V. Durch Remission.

Die Erlöschung der Servitut per remissionem unterscheidet sich von der Erlöschung derselben durch Dereliction darin, daß die Dereliction ein einseitiges Aufgeben ist, während die Remission ein Aufgeben mit beiderseitiger Zustimmung ist. Sehr wahrscheinlich besteht noch der Unterschied zwischen der Dereliction und zwischen der Remission, daß die Servitut durch die erstere ipso jure durch die letztere per exceptionem erlischt. Dies ist darum wahrscheinlich, weil die Remission eine Art von Vertrag ist zwischen dem Eigenthümer und dem Servitutinhaber, kraft dessen der Servitutinhaber sich verpflichtet, die Servitut nicht auszuüben. Kann nun auch durch einen solchen remissorischen Vertrag, sofern er nicht ein einfaches formloses pactum de non petendo ist, ein Vertrag ipso jure aufgehoben werden, so will ich doch bezweifeln, daß durch denselben ein jus in re ipso jure zerstört werden kann.

### VI. Durch erlöschende Verjährung.

Die erlöschende Verjährung der Dienstbarkeiten ist von doppelter Art. Sie ist:

a) entweder eine Verjährung, die auf Grund des non usus eintritt.

b) oder sie ist eine usucapio libertatis.

Der erstern sind unterworfen Personal- und Felddienstbarkeiten, der letztern Gebäudeservituten. Der Servitutenerlöschung durch non usus liegt der Gedanke der Rückkehr einer bestimmten Befugniß zum Eigenthum zu Grunde, und zwar einer Rückkehr, welche ipso jure ohne das Hinzuthun des Eigenthümers eintritt, und sich darauf gründet, daß das Eigenthum durch die Constituirung der Servitut nicht deminuirt wurde. Hieraus ergiebt sich von selbst, warum diese Erlöschungsart nur bei den Personalservituten und bei den Felddienstbarkeiten zur Anwendung kommt. Sie gilt nur bei diesen, weil nur bei denselben von einer

Rückkehr der Befugnisse zum Eigenthum die Rede sein kann, nicht aber auch bei den Gebäudeservituten, indem diejenigen Befugnisse, welche durch Bestellung der letztern erworben werden, niemals materiell im Eigenthum enthalten waren, und somit auch nicht zu demselben zurückkehren können (S. 23. u. A.). —

Was die Erlöschungszeit anbetrifft, so war diese in den früheren Zeiten ein biennium, und nur bei Personalservituten an beweglichen Sachen war der Zeitraum auf ein Jahr festgesetzt. Hiervon waren jedoch die Prädialservituten ausgenommen, welche nicht continue, sondern alternis annis ausgeübt werden, indem dieselben eine doppelte Erlöschungszeit hatten.

Fragm. 7. quemad. s. amitt.

Was die Personalservituten anbetrifft, welche alternis annis ausgeübt werden, so brauchte man die Erlöschungszeit auf das Doppelte gar nicht zu erhöhen, da man annahm, daß in einem solchen Falle mehrere von einander unabhängige Servituten bestehen, von denen jede für sich verjährt. Justinian hat die Verjährungszeit bei allen Servituten unter Anwesenden auf 10, unter Abwesenden auf 20 Jahre festgesetzt. — Uebrigens wird über den Sinn der Verordnung Justinians viel gestritten. Manche — deren Zahl freilich eine sehr geringe ist — behaupten, Justinian habe die Servitutenerlöschung durch non usus überhaupt aufgehoben, und die ususcapio libertatis auf alle Servituten ausgedehnt. Andere stellen die Meinung auf, daß Justinian die Erlöschung durch non usus nur in Betreff des ususfructus aufgehoben hat. Noch Andere sind der ganz richtigen Ansicht, daß Justinian nur die Verjährungszeit unter Anwesenden auf 10 unter Abwesenden auf 20 Jahre festgesetzt hat. — Es sind folgende Fragmente, in denen Justinian sich über die Erlöschungszeit ausspricht:

Fragm. 16. Cod. de usufr. et habit. Fragm. 13. Cod.

8. 34. und 14. Cod. eod. §. 3. J. II. 4. endlich Basil. XVI. 8. 39.

Wenn man das Fragm. 16. Cod. de usufructu für sich allein liest, so ist nicht zu leugnen, daß dasselbe die Ansicht zu unterstützen scheint, nach welcher Justinian die Erlöschung des ususfructus durch non usus aufgehoben haben soll. Aber wenn man die übrigen citirten Fragmente, so das Fragm. 13. C. das Institutionenfragment und das Fragment aus den Basiliken in Betracht zieht, so muß man zu der Ueberzeugung kommen, daß das Fragm. 16 C. nicht so interpretirt werden könne, wie es die Gegner interpretiren, indem in den übrigen citirten Fragmenten ausdrücklich gesagt wird, daß Justinian nicht sowohl die Erlöschungsart der Servituten dnrch non usus aufgehoben, als vielmehr nur die Erlöschungszeit auf 10 Jahre unter Anwesenden und auf 20 unter Abwesenden verlängert hat.

Was die Meinung derjenigen anbetrifft, welche behaupten, Justinian habe die Erlöschung der Servituten durch non usus überhaupt aufgehoben, so hat dieselbe nicht einmal den Schein von Wahrheit für sich.

In Betreff des ususfructus streitet man noch darüber, ob derselbe an beweglichen Sachen durch Nichtgebrauch von 3 oder erst von 10 resp. 20 Jahren erlösche? Da das citirte Fragm. 16 C. vor dem Fragm. un. C. de usufr. transf. erlassen ist, so rechtfertigt sich die Behauptung, daß derselbe, da die betreffenden Worte sich offenbar auf die Prätorische Präscription beziehen, welche auch für bewegliche Sachen zehn- oder zwanzigjährig war, in 10 oder 20 Jahren erlischt.

Für den Verlust der Servitut durch non usus ist es ganz gleichgültig, ob der Servitutberechtigte von der Existenz derselben Kenntniß hatte oder nicht. Hiernach erlischt die Servitut, wenn dieselbe durch Legat hinterlassen wurde, ohne daß der Berechtigte davon wußte.

Fragm. 19. §. 1. quemadm. serv. amitt.

Eine dem Inhalte der Servitut nicht entsprechende Ausübung gilt als non usus.

Fragm. 18. eod.

So erlischt die Wassergerechtigkeit, wenn der Berechtigte das Wasser nicht Nachts, wie er befugt ist, sondern am hellen Tage in das herrschende Praedium geleitet hat.

Fragm. 10. §. 1. eod.

Durch eine theilweise Ausübung erlischt die Servitut nicht. Ganz erlischt sie darum nicht, weil kein Grund für die gänzliche Erlöschung vorhanden ist. Theilweise erlischt sie darum nicht, weil sie untheilbar ist. So wird die ganze Wassergerechtigkeit erhalten, wenn das Wasser nicht in das ganze, sondern nur in einen Theil des herrschenden Prädiums geleitet wurde.

Fragm. 9. eod.

Eben so wenig, wie die Servitut erlischt, wenn sie in einem kleineren Umfange ausgeübt wurde, geht sie dann unter, wenn die Ausübung derselben in einem größeren Umfange geschah, als sie ausgeübt werden sollte.

Dagegen erlischt dieselbe, wenn nur die adminicula servitutis ausgeübt wurden.

Uebrigens ist es, wie sich von selbst versteht, ganz gleichgültig, ob die Servitut durch den Servitutinhaber, oder durch den Stellvertreter ausgeübt wurde.

## Ueber die usucapio libertatis

Die usucapio libertatis, welcher nur die Gebäudeservituten unterworfen sind, ist nicht eine acquisitive Verjährung, wie sie es auf den ersten Blick zu sein scheint. Sie ist vielmehr eine erlöschende Verjährung [10]). Wäre sie

---

[10]) Daß sie eine erlöschende Verjährung ist, geht aus dem Frag. 6. de S. P. U. hervor:

„hae autem servitutes (scil. S. P. U.) similiter ut rusticorum *certo*

eine acquisitive Verjährung, so würde der Eigenthümer etwas, was seinem Eigenthume entfremdet wurde, zurückerwerben müssen. Dies ist aber nicht der Fall, denn da der Eigenthümer durch die Constituirung der Gebäudeservituten keine Befugniß auf den Berechtigten überträgt, so kann er auch keine Befugniß zurückerwerben (S. 23.). Ueberhaupt stützt sich die Ansicht, daß die usucapio libertatis eine acquisitive Verjährung ist, nur auf den Umstand, daß der Eigenthümer seinerseits etwas thun muß, um die Eigenthumsfreiheit zu erwerben. Aber aus dem Umstande läßt sich die genannte Schlußfolgerung nicht machen. Der Umstand, daß der Eigenthümer seinerseits etwas thun muß, erklärt sich daraus, daß die Gebäudeservituten auf Grund des Verzichtens [11]) von Seiten des Eigenthümers auf die Ausübung einer bestimmten Eigenthumsbefugniß entstehen, d. h. daraus entstehen, daß der Nachbar auf Grund des Verzichts von Seiten des Eigenthümers die einer bestimmten Eigenthumsbefugniß gegensätzlich entsprechende Befugniß ausüben darf. Denn da dies der Fall ist, so folgt von selbst, daß der Eigenthümer seinerseits, damit die Servitut erlösche, den Willen manifestiren muß, auf die Eigenthumsfreiheit nicht mehr verzichten zu wollen. — Aus der bloßen Nichtausübung der Servitut kann dieser Wille nicht gefolgert werden, weil die Nichtausübung derselben etwas ist, was den Servitutberechtigten allein angehet. — Ipso jure d. h. durch das bloße Factum der Nichtausübung der Servitut,

---

*tempore non utendo pereunt*, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiet."

11) Die Sache ist die: die Constituirung von Feld- und Personalservituten enthält auch einen Verzicht auf die Ausübung einer bestimmten Befugniß. Aber dieses Verzichten ist kein einfaches Verzichten, wie bei den Gebäudeservituten, sondern es geschieht durch die Uebertragung derjenigen Befugniß auf den Berechtigten, auf deren Ausübung so lange die Servitut dauert der Eigenthümer verzichtet.

kann die Eigenthumsfreiheit nicht eintreten, weil das Verzichten auf die Eigenthumsfreiheit das Prius, und der Erwerb der Servitut das Posterius ist, weil also, so lange der Eigenthümer nicht aufgehört hat, auf die Eigenthumsfreiheit zu verzichten, vom Verluste der Servitut nicht die Rede sein kann.

Die usucapio libertatis, die, insofern die usucapio nur auf corpora paßt, etwas Anomalisches an sich hat (auch ihr Name ist anomalisch, da sie eine erlöschende Verjährung ist) wurzelt in der Ansicht, daß das Eigenthum gegen die Servituten begünstigt und beschützt werden müsse, daß somit die sich dadurch darbietende Gelegenheit, daß der Servitutberechtigte die Servitut nicht ausübt, dazu benutzt werden müsse, um das Eigenthum von der Servitutenlast zu befreien. Dies Resultat konnte man durch die Klagenverjährung nicht erreichen, denn sie existirte noch nicht. Ebenso wenig konnte man hier die Erlöschung durch bloßen non usus einführen. Es blieb also nichts übrig, als eine ganz neue Erlöschungsart zu bilden.

Die usucapio libertatis setzt, wie gesagt, voraus, daß der Eigenthümer des dienenden Gebäudes die Eigenthumsfreiheit innerhalb einer bestimmten Zeit factisch geltend macht. Auf welche Weise muß nun derselbe die volle Eigenthumsfreiheit factisch geltend machen? Ist die Servitut ein negative, so muß er das thun, was ihm wegen der entgegengesetzten Servitut zu thun nicht gestattet ist.

Fragm. 6. de servit. praed. urb.

Stehet der Eigenthumsfreiheit die servitus tigni immittendi entgegen, so muß er das in der Mauer nach dem Ausziehen des Balkens gebliebene Loch während der Verjährungszeit vermauert behalten.

Auf ähnliche Weise muß auch bei den übrigen Gebäudeservituten etwas Entsprechendes vorgenommen werden, wodurch der Eigenthümer seinen Willen, das Eigenthum als ein unbeschränktes ausüben zu wollen, manifestirt.

Was die rechtliche Begründung der usucapio libertatis anbelangt, so divergiren die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr von einander.

Vangerow §. 342. meint, daß die usucapio libertatis in einem unmittelbaren Zusammenhange mit der Natur der Gebäudeservituten steht, indem deren „eigentliches Wesen im Gegensatz zu dem bei den übrigen Servituten hinreichenden non usus, doch offenbar darin bestehe, daß der Herr der dienenden Sache auf dem Wege der Acquisitivverjährung die seinem Eigenthum entfremdete Befugniß wieder zurück erwerben muß." Somit sei, meint Vangerow, die usucapio libertatis im Grunde genommen eine wahre usucapio servitutis. Gegen die Vangerow'sche Ansicht läßt sich Vieles einwenden. Wenn Vangerow behauptet, daß die usucapio libertatis eine acquisitive Verjährung ist, so ist dies unrichtig, denn dieselbe ist eine erlöschende Verjährung. Wenn Vangerow meint, daß die usucapio libertatis eine usucapio servitutis ist, d. h. — denn höchst wahrscheinlich will er dies damit sagen, da es nicht anzunehmen ist, daß er dieselbe für eine wirkliche Servitutenersitzung halten sollte, indem einer solchen Behauptung der Satz „nemini res sua servire potest," entgegen stehen würde — daß der Eigenthümer diejenigen Befugnisse zurückerwirbt, durch welche das fremde Eigenthum augmentirt wurde, so ist auch dies unrichtig. Denn durch die Constituirung der Gebäudeservituten wird keine der im Eigenthum materiell liegenden Befugnisse auf das berechtigte Subject übertragen. Daß die usucapio libertatis keine usucapio servitutis ist, geht auch aus dem Fragm. 4. §. 28. de usucap. hervor:

„libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute,"

in welchem die usucapio libertatis der usucapio servitutis

entgegen gestellt wird als etwas von ihr Verschiedenes. Vangerow beruft sich auf das Fragment 32. §. 1. de S. P. U. Aber dieses muß, soll es einen ganz absurden Gedanken nicht enthalten, so interpretirt werden, wie es Schilling [12]) intetpretirt hat, nämlich so: Servituten überhaupt können freilich ihrer Natur nach eigentlich nicht besessen werden, doch wird bei Gebäudeservituten angenommen, daß derjenige in ihrem Besitz sei, der das Gebäude besitzt, und folglich ist auch umgekehrt für die Usucapion der Freiheit von einer Gebäudeservitut der Besitz des Gebäudes, und zwar ein ununterbrochener, die nothwendige Bedingung."

Puchta geht in seinen Institutionen S. 787. davon aus, daß die usucapio libertatis, welche als das ältere Institut zu betrachten ist, wie die usucapio per non usum ihrer Natur nach nur zur Anwendung kommen kann, wo die Freiheit von der Servitut als eine sich äußerlich an der Sache darstellende Qualität erscheint, wo sie also an der Sache gleichsam verkörpert ist, und so ein Gegenstand des Besitzes in dem Besitze der Sache wird. Daher könne sie nur bei Häuserservituten vorkommen, denn nur die Freiheit von diesen schließt einen mehr oder weniger veränderten Zustand der Sache in sich. —

Wenn man auch davon absieht, daß zwischen dem äußeren Hervortreten, dem äußeren Sichtbarwerden der Freiheit von der Servitut, und zwischen der usucapio libertatis kein Zusammenhang gefunden werden kann, wenn man auch dies als wahrscheinlich und möglich zugiebt, so ist doch damit für die Ansicht Puchta's nichts gewonnen. Denn es ist entschieden zu leugnen, daß die libertas rei bei den Häuserservituten äußerlich hervortritt. Die Sache verhält sich vielmehr so, daß nur die Freiheit von den negativen Dienstbarkeiten sich als eine positive Vorrichtung

---

12) Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte S. 145. fgg.

an der Sache darstellt; was die affirmativen Häuserservituten anbetrifft, so verkörpert sich nicht die libertas rei äußerlich, sondern gerade umgekehrt die Beschränkung des Eigenthums durch die Servitut. Dies erklärt sich auch hinlänglich aus dem Wesen der affirmativen Gebäudeservituten, indem diese das Eigenthum in der Art beschränken, daß der Eigenthümer die Errichtung bestimmter Anstalten seinem Nachbar nicht verbieten kann.

Unterholzner sagt darüber in der Verjährungslehre §. 217. Folgendes: „In Ansehung der Gebäudeservituten ist der Besitz gewissermaßen als ein ausschließender zu betrachten, mithin einem wirklichen Besitze zu vergleichen. So wie nun für den wirklichen Besitz die Regel gilt, daß das bloße Unterlassen der Ausübung keine Besitzlosigkeit erzeugt, so lange nicht eine entgegengesetzte Thatsache (factum contrarium) eingetreten ist, so gilt auch ganz dasselbe bei einem auf die Ausübung einer Gebäudeservitut gerichteten Besitze. Dieses factum ist aber eben dasjenige, wodurch sich die Besitzergreifung von der Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch auszeichnet. Bei der Ausübung einer Felddienstbarkeit wird dagegen der Eigenthumsbesitz nur auf Augenblicke ausgeschlossen, so lange nämlich die Ausübung fortwährt. Der hier angenommene Besitz dauert also nicht länger, als die wirkliche Ausübung und fällt mit dem Aufhören derselben von selbst hinweg. Dadurch kommt die Sache, an welcher das Dienstbarkeitsrecht ausgeübt wird, von selbst in den Zustand der Freiheit, ohne daß es nöthig wäre, von der Freiheit gleichsam Besitz zu ergreifen.“ Das Unterholzner'sche Argument beruht auf dem Mißverständniß, als ob darin ein Grundunterschied der Gebäudeservituten von den Felddienstbarkeiten bestehen möchte, daß die ersteren eine possessio continua, die letzteren eine possessio discontinua haben (S. 155.).

Manche gehen davon aus, daß die Ersitzungsart mit der Eintheilung in res mancipi und nec mancipi zusam-

menfalle. Diese Ansicht widerlegt sich aber dadurch, daß die Felddienstbarkeiten, welche res mancipi sind, einer und der nämlichen Ersitzungsart unterworfen sind mit den Personalservituten, welche res non mancipi sind. Andere unterscheiden zwischen Servituten, deren Ausübung bestimmte Anstalten voraussetzt, und zwischen den übrigen Dienstbarkeiten. Die letzteren, meinen sie, erlöschen durch non usus, die ersteren durch usucapio libertatis. Auch diese Behauptung widerlegt sich von selbst, indem es einerseits solche Felddienstbarkeiten, welche, wie z. B. die servitus aquaeductus durch bestimmte Anstalten anderseits solche Gebäudeservituten giebt, die, wie z. B. die negativen Servituten, ohne alle dergleichen Mittel ausgeübt werden.

### VII. Durch Eintritt der festgesetzten Zeit oder Bedingung.

Die Erlöschung der Servituten ist in diesem Falle etwas, was sich am Ende von selbst versteht und was nicht allein bei den Servituten, sondern überhaupt auch bei allen andern Rechtsverhältnissen gilt, welche durch den Willen der Privatpersonen entstanden sind. Es kann indessen Fälle geben, wo die Entscheidung verwickelter wird. Das Römische Recht entscheidet einige solcher Fälle. Es sind folgende: Ist die Dauer einer Servitut bis zum Eintritt einer bestimmten dritten Person in ein bestimmtes Lebensalter festgesetzt worden, so erlischt dieselbe nicht, wenn diese Person vor Erreichung dieses Lebensalters gestorben ist, sondern sie dauert fort bis zu dem Moment, in welchem diese Person — falls sie gelebt hätte — dieses Alter erreicht haben würde.

Fragm. 12. Cod. 3. 33.

Ferner erlischt die Servitut nicht, wenn ihre Dauer von der Dauer des Wahnsinns einer bestimmten Person, die inzwischen verstirbt, abhängig gemacht wird, indem die Fortdauer dieser Geisteskrankheit, wenn dieselbe nicht gestorben wäre, nicht geleugnet werden kann.

Fragm. 2. §. 1, Cod. eod.

Aus der Art und Weise, wie die beiden genannten concreten Fälle im Römischen Rechte entschieden wurden, läßt sich folgender allgemeine Satz resumiren: Daß die Servitut in den Fällen, wo ihre Dauer von dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses abhängig gemacht wird, welches sich auf die Verhältnisse einer dritten Person bezieht, nur dann erlischt, wenn das betreffende Ereigniß wirklich eingetroffen ist, also nicht durch den Tod dieser Person, falls sie vor dem Eintreffen dieses Ereignisses gestorben ist.

### VIII. Erlöschung der Servitut durch Untergang des beschränkten Rechts des Bestellenden.

Auch diese Erlöschungsart ist höchst einfach und versteht sich von selbst, denn Niemand kann sich auf mehr verpflichten, als er hat.

### IX. Erlöschung der Servituten durch den physischen Untergang des berechtigten Subjects.

Die einzige Ausnahme von der Regel, daß die Servituten durch den Tod des berechtigten Subjects erlöschen, bilden die operae servorum, welche auf die Erben übergehen. Darüber spricht sich Justinian in der Const. 14. Cod. 3. 23. aus, indem er auch die Gründe für die Entstehung dieser Ausnahme näher angiebt.

Darüber entstand eine Controverse unter den römischen Juristen, ob eine durch den filiusfamilias oder durch den servus dem Vater oder dem Herrn erworbene Servitut mit dem Tode der Erwerbenden oder mit dem Tode derjenigen, für welche sie erworben wurde, erlöschen solle. Justinian entschied diese Streitfrage weder im Sinne der Einen noch der Andern, combinirte vielmehr beide Ansichten so gut es ging, miteinander. Er verordnet folgendes: Wenn der Tod oder die capitis deminutio der Erwerbenden

früher erfolgt, als der Tod oder die capitis deminutio derjenigen, für welche die Servitut erworben wurde, so solle dieselbe durch den Tod und die capitis deminutio der Ersteren nicht erlöschen, sondern nur durch den Tod oder capitis deminutio der Letzteren. Wenn aber der Tod u. s. w. des Vaters früher erfolgt, als der Tod u. s. w. des filiusfamilias, so solle die Servitut umgekehrt nicht mit dem früher erfolgten Tode des Vaters erlöschen, sondern mit dem Tode des Sohnes und zwar solle dieselbe auch dann auf den Sohn übergehen, wenn derselbe seinen Vater nicht beerbt hat.

Const. 17. Cod. 3. 23.

Wenn Jemandem aufgetragen wurde, den ususfructus — es versteht sich von selbst, daß das Nämliche auch bei andern Servituten seine Anwendung findet — an eine dritte Person herauszugeben, sei es als ein Fideicommiß, sei es als ein Legat, so wird derjenige als eigentlicher Fruktuar angesehen, dem derselbe herausgegeben werden soll, und somit erlischt die Servitut mit dessen Tode.

Fragm. 29. 33. 2.

In Betreff der Servituten, welche zum Vortheil einer juristischen Person bestellt wurden, gilt der positive Satz, daß sie nie über 100 Jahre dauern sollen, weil, wie sich das betreffende Fragment ausdrücket, die Lebensdauer der Menschen selten über hundert Jahre hinauskommt.

Fragm. 56. 7. 1.

### X. Erlöschung der Servituten durch capitis deminutio.

In den ältesten Zeiten, in welchen die vermögensrechtliche Persönlichkeit des suus in der Person des paterfamilias aufging, konnte der Verlust der Servitut durch capitis deminutio nur dann eintreten, wenn ein homo sui juris durch die arrogatio in die patria potestas eines Andern kam. Der Grund hiervon versteht sich von selbst. Er ist der, daß ein Emancipirter und ein in adoptionem

datus, da sie als alieno juri subjecti nichts hatten, nichts verlieren konnten. Später trat offenbar unter dem Einfluß der ratio naturalis — (ihren Gegensatz bildet die ratio civilis, indem sie das rein nationale Rechtsprinzip ist, während die ratio naturalis, als das höhere, nicht allein als das national wahre, sondern als das objektiv wahre Rechtsprinzip betrachtet werden muß) ein Umschwung in den Anschauungen der römischen Rechtsgelehrten ein. Es entstanden in Folge dessen Peculien d. h. Vermögensobjekte, in Betreff deren der suus als ein vermögensfähiges Subjekt in gewisser Beziehung angesehen wurde. Als nun die Peculien, welche als Ausnahmen von der Regel zu betrachten sind, in Gebrauch kamen, konnte von dem Verluste der Servitut durch die capitis deminutio eines suus d. h. durch die emancipatio und durch die datio in adoptionem die Rede sein.

Was den Ususfruktus speziell noch anbetrifft, so erlosch derselbe nach dem alten Rechte außerdem noch durch eine an die dritte Person geschehene in jure cessio. Fragm. 66. de jure dot. Die Erlöschung des Ususfruktus gründete sich in diesem Falle darauf, daß jedes streng civile Rechtsgeschäft Wirkungen hervorbringen müsse, und sollten auch die Parteien dieselben nicht beabsichtigt haben. Cf. Gajus III. 30 und Ulpiani Fragm. XI. 7. Daß aber nach dem späteren Rechte eine an den extraneus geschehene in jure cessio des Ususfruktus unwirksam ist, geht aus dem §. 3. I. de Ususfr. hervor. Cf. übrigens über diese Streitfrage Vangerow.

## Ueber die Rechtsmittel, welche zum Schutze der Dienstbarkeiten dienen.

### Von den petitorischen Klagen.

Es giebt drei Klagen, welche hierher gehören:

a) die actio confessoria:
b) die actio confessoria Publiciana;
c) die actio negatoria. [13])
Fragm. 2. pr. si serv. vindic.

## Wonach richtet sich der Name der Confessorien- und Negatorien-Klage?

Es frägt sich, ob sich ihr Name nach dem Rechte, welches verfolgt wird, oder nach der Form der Intentio richtet; mit andern Worten, ob die Klage, welche zum Schutze der Freiheit des Eigenthums dient, actio negatoria, die Klage dagegen, welche man zum Schutze einer Servitut anstellet, actio confessoria genannt wird, oder ob es einzig und allein auf die Form der Intentio ankommt, so daß diejenige Klage, welche eine positive Intentio hat, actio confessoria, diejenige dagegen, welche mit einer negativen Intentio eingeleitet wird, actio negatoria heißt? Die erstere Ansicht ist die herrschende. Aber ich glaube doch, daß die andere Ansicht, welche zuerst Veltheim in seiner Schrift de act. confessoria et negatoria Kil. 1822. aufgestellt hat, die richtige ist. Veltheim's Ansicht läßt sich so resumiren: Beide Klagen können sowohl von dem wirklichen oder angeblichen Servitutberechtigten, als auch von dem Eigenthümer angestellt werden. Die actio confessoria werde von dem angeblichen Servitutberechtigten angestellt, wenn er die Existenz einer affirmativen Servitut (z. B. jus mihi esse projiciendi), von dem Eigenthümer, wenn er die Nichtexistenz einer negativen Servitut behauptet

---

13) Zachariä will (Zeitschrift f. G. Rw. B. XII.) noch eine vierte Klage entdeckt haben, nämlich die actio prohibitoria. Doch diese Entdeckung hat der Wissenschaft keinen Gewinn gebracht. Vergl. Stephan in der Z. f. G. Rw.

(z. B. jus mihi esse aedes altius tollere [14]): die actio negatoria werde von dem angeblichen Servitutberechtigten angestellt, wenn er die Existenz einer negativen Serviut, (z. B. jus Titio non esse aedes altius tollendi), von dem Eigenthümer, wenn er die Nichtexistenz einer affirmativen Servitut behauptet (z. B. jus Titio non esse utendi, fruendi). Für die herrschende Ansicht scheint das Fragm. 2. si serv. vind. zu sprechen.

Für die Ansicht Veltheim's, dem auch Fritz in den Erläuterungen zu Wening S. 359. beitritt, spricht der Umstand, daß die actio negatoria oft negativa genannt wird, welcher Name auf die negative Form der Intention hindeutet. Dann Gajus IV. §. 3. und §. 2. J. de act.

Die Gegner suchen zwar die Beweiskraft der beiden Stellen durch den Einwand zu schwächen, daß es nicht auffallen könne, daß die actio confessoria zum Schutze des jus altius tollendi angestellt werden kann, wenn man von dem richtigen Gesichtspunkte ausgehe, daß der mit der actio confessoria klagende Eigenthümer das jus altius tollendi nicht auf das Eigenthumsrecht, sondern auf den Rückerwerb dieses Rechts gründet. Es giebt wohl wenig Ansichten, die so verworren wären, wie die genannte Ansicht es ist. Was heißt das, der Eigenthümer klage dann mit der actio confessoria, wenn er das jus allius tollendi auf den Rückerwerb dieses Rechts gründet? Heißt das soviel, als der Eigenthümer klage dann mit der actio confessoria wenn er behauptet, daß die dem Gegner frü-

---

14) Was die Intentio: jus mihi esse aedes altius tollere, jus mihi esse lumina Titii officere, jus mihi esse stillicidium avertere anbetrifft, so kann *A* mit derselben sowohl als Eigenthümer klagen, welcher die Eigenthumsfreiheit den Ansprüchen des *B* gegenüber auf die betreffende negative Servitut geltend macht, als auch als Inhaber der entsprechenden positiven auf dem Prädium des *B* haftenden Dienstbarkeit.

her zuständig gewesene Servitut an ihn wieder zurückgefallen sei? Ist dies der Fall, so ist zu entgegnen, daß von einem Zurückfallen der servitus altius tollendi an den Eigenthümer aus zwei Gründen die Rede nicht sein kann:

a) aus einem faktischen

b) aus einem juristischen Grunde.

Aus einem factischen Grunde darum nicht, weil der frühere Servitutberechtigte die negative Servitut altius non tollendi hatte, uud der Eigenthümer die positive Befugniß altius tollendi in Anspruch nimmt; aus einem juristischen Grunde darum nicht, weil dies dem bekannten Satze: nemini res sua servit widerspricht.

Damit wird nicht geläugnet, daß die actio confessoria mit der Intention: jus mihi esse aedes altius tollendi auf Grund einer vom *A* erworbenen Servitut altius tollendi angestellt werden kann. Dies ist allerdings möglich, aber man muß sich die Sache so denken, daß die servitus altius tollendi sich auf dem Prädium des *B* befindet und zu dem Zwecke bestellt wurde, um die auf dem Prädium des *A* lastende servitus altius non tollendi zu modificiren.

Es entsteht nun die Frage, ob nicht die beiden Fragmente durch die Annahme, daß der Jurist gerade an einen solchen speziellen Fall gedacht hat, wo zwei Dienstbarkeiten einander gegenüberstehen, mit der herrschenden Lehre zu vermitteln wären. Ich habe es früher selbst versucht, aber ich gebe diesen Vermittelungsversuch gänzlich auf, indem dadurch nichts gewonnen wird. Denn der herrschenden Ansicht steht außerdem noch der Umstand entgegen, daß die actio negatoria nach dem Zeugnisse der Institutionenstelle zum Schutze einer servitus altius non tollendi angestellt werden kann. Dieses klare Zeugniß kann aber auf keine Weise mit der herrschenden Ansicht in Einklang gebracht werden, wenn man nicht — wie es die Gegner thun — zu dem sehr bequemen, aber darum auch sehr willkür-

lichen Einwand [15]) Zuflucht nimmt, daß die Institutionenstelle durch die Compilatoren corrumpirt worden sei. Was das Fragm. 2. betrifft, so bleibt nichts übrig, als anzunehmen, daß Ulpian hier nur an affirmative Servituten dachte und von den negativen ganz abstrahirte.

## Ueber die actio confessoria insbesondere.

Aus dem Vorhergehenden ergab sich, daß die actio confessoria unter Umständen auch von dem Eigenthümer angestellt werden kann, wiewohl nicht zu läugnen ist, daß sie meistens von dem wirklichen oder vermeintlichen Servitutberechtigten angestellt wird.

Der Servitutinhaber kann gegen einen Jeden confessorie klagen, welcher die Ausübung der Servitut in irgend einer Weise hindert, mag derselbe auch Eigenthümer der Sache sein.

Fragm. 5. §. 1. 7. 6.

Wird die Ausübung einer Prädialservitut gehindert, so kann die Klage nicht allein von dem jedesmaligen Eigenthümer, sondern auch von dem Emphyteuta, Superficiar und Pfandgläubiger angestellt werden.

Fragm. 16. 8. 1.

Die actio confessoria kann aber nur gegen denjenigen gerichtet werden, welcher sich ein solches Recht an der Sache anmaßt wodurch der Umfang der Servitutenbefugniß beschränkt wird. Gegen alle andern Störungen, da sie nur dem Besitzer gelten, schützen die Interdicte. Gleichgültig

---

15) Ein solcher Einwand kann der Natur der Sache nach nur dann geltend gemacht werden, wenn entweder unzweifelhaft klare Quellenzeugnisse oder die durch allgemeine Gründe gestützte ratio juris dafür stimmen, was Beides in dem betreffenden Falle nicht geschieht. Ueberhaupt gründet sich das Widerstreben gegen die Ansicht Veltheims — wie mir scheint — nur auf der falschen Voraussetzung, daß die actio negatoria sich unwesentlich von der rei vindicatio unterscheidet. —

bleibt es hierbei, ob der Störer in seinem eigenen oder in fremdem Namen gestört hat. Dann ist auch das ganz gleichgültig, ob der Gestörte von Anfang an den Besitz der Servitut hatte, ob er durch die Störung aus dem Besitze vertrieben wurde, ob er endlich nur in einzelnen Momenten und nur vorübergehend im Besitze gestört wurde.

§. 2. Inst. IV. 6.

Was den Beweis bei der actio confessoria betrifft, so geschieht die Normirung desselben den allgemeinen Regeln über die Beweislast gemäß. Es muß der Kläger die Existenz der Servitut, auf welche er seine Klage gründet, beweisen, und es ist hierbei ganz einerlei, ob er sich im Besitze der Servitut befindet, oder nicht, d. h. ob er die Servitut ausübt oder nicht. Wird im Falle, wo er mit der actio confessoria eine Prädialservitut in Anspruch nimmt, sein Eigenthumsrecht an dem Prädium überhaupt von dem Gegner bestritten, so muß er sich durch den vollständigen Beweis seines Eigenthumsrechts, wobei er natürlich auch den leichteren Beweis, wie er bei der actio Publiciana geführt wird, liefern kann, ad causam legitimiren.

Fragm. 11. §. 1. de Publ. actione.

## Ueber die actio confessoria Publiciana.

Die actio confessoria Publiciana ist nach Analogie der Publiciani'schen Eigenthumsklage zu dem Zwecke eingeführt worden, um demjenigen, welcher die Servitut in Anspruch nimmt, den Beweis zu erleichtern. Sie beruht eben so wie die genannte Eigenthumsklage auf der Fiktion der vollendeten Verjährung. Warum hat man überhaupt wohl zu einer Fiktion Zuflucht genommen, und warum zu einer solchen Fiktion? Zu der Fiction eines Rechts mußte man Zuflucht nehmen, weil sonst die Klage aller civilistischen Construction entbehren würde, zu der Fiction der vollendeten Ersitzung darum, weil diese am nächsten lag. Da sich die actio confessoria auf die Fiktion der

vollendeten Ersitzung der Servitut gründet, so folgt von selbst, daß deren Anstellung dieselben Requisite voraussetzt, welche zur Servitutenersitzung erforderlich sind, mit Ausnahme des Requisits des vollen Zeitlaufs, denn dieses wird eben fingirt. Somit setzt die Anstellung der actio confessoria Publiciana folgende Requisite voraus:

a) bona fides (S. 154.),
b) possessio non vitiosa.

## Ueber die actio negatoria insbesondere.

Daß die actio negatoria oder negativa — wie sie auch genannt wird — unter Umständen auch von demjenigen angestellt werden kann, welcher eine Servitut in Anspruch nimmt, ist auf der S. 220. gesagt worden. So wie die actio confessoria auch von dem Emphyteuta und Superficiar, als zeitigen Besitzers des Prädiums angestellt werden kann, so kann auch der Emphyteuta und Superficiar als zeitiger Besitzer des Prädiums mit dieser Klage klagen, nur muß er sie als utilis anstellen.

Fragm. 16. 8. 1.

Man kann mit der actio negatoria nicht allein gegen denjenigen klagen, welcher eine Servitut in Anspruch nimmt, sondern auch gegen denjenigen, welcher sich eine bestimmte einzelne mit den Servitutenbefugnissen Aehnlichkeit habende Befugniß anmaßt. Dies ist eine auf dem Wege der Analogie entstandene Erweiterung. So kann sie nicht angestellt werden gegen den, welcher ein Eigenthumsrecht, eine Emphyteusis, Superficies oder ein Pfandrecht an fremden Sachen ausüben will, weil zwischen diesen Rechten und den Servituten keine Aehnlichkeit stattfindet. Eben so wenig dann, wenn der Miteigenthümer die Sache als Alleineigenthümer ausüben will.

Fragm. 27. §. 1. de S. P. U.

Aber sie wird angestellt, wenn der Nachbar eine solche

Anlage auf seinem Grund und Boden errichtet hat, welche Feuchtigkeit an der Wand des Klägers verursacht.

Fragm. 17. §. 2. 8. 5. „secundum cujus parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat. Consulebar quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret? respondi: si in loco publico id fecisset, per interdictum cogere posse [16]); sed si in privato, de servitute agere oportere, vel si damni infecti stipulatus esset, posse per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare."

Ferner wird sie angestellt wenn Jemand Röhren hat, aus welchen er Wasser in sein praedium ableitet, falls dadurch der Wand des Nachbars Feuchtigkeit zugeführt wird.

Fragm. 13. 8. 5. „Fistulas, quibus aquam duco, in via publica habeo, et hae ruptae inundant parietem tuam, peto posse te mecum recte agere, jus mihi non esse flumina ex meo in tuam parietem fluere.

Ebenso kann mit der actio negatoria geklagt werden, wenn sich die Wand des Nachbars, in Folge eines gebauten opus, gegen das praedium eines Anderen neigt. Dieser Fall hat nämlich eine Aehnlichkeit mit dem Fall, wo sich Jemand eine servitus oneris ferendi anmaßt.

Fragm. 14. „Si paries communis, opere ab te facto, in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere, jus tibi non esse parietem illam ita habere."

Der Zweck der actio negatoria ist die Aufforderung an den Richter, daß er als Organ des Staates die volle Eigenthumsfreiheit anerkennt und schützt. So viel im Allgemeinen über den Zweck. Jetzt gilt es speciell darauf einzugehen. Es lassen sich zu den Behuf fünf Arten von Servituten unterscheiden:

---

16) Hier konnte nämlich die actio negatoria darum nicht angestellt werden, weil es juristisch unmöglich ist, eine Servitut zu fingiren, da dieselbe nur für ein solum privatum, nie aber für ein solum publicum bestellt werden kann.

a) diejenigen, welche sich in einem opus extructum verkörpern (servitus tigni immittendi, oneris ferendi etc);
b) diejenigen, welche durch einzelne wiederholte Handlungen ausgeübt werden, aber so, daß sie eine bestimmte Anlage als Mittel zur Erreichung des Zwecks voraussetzen (servitus aquae ductus, servitus cloacae);
c) diejenigen, welche durch einzelne Handlungen schlechweg ausgeübt werden (via, iter, actus etc);
d) die negativen Servituten, deren Inhalt darin besteht, daß der Eigenthümer bestimmte Handlungen unterlassen muß;
e) die Personalservituten, mit welchen die Detention der res corporalis verbunden ist.

Bei einer jeden der fünf Arten ist die genannte Klage auf die Erreichung eines andern speciellen Zweckes gerichtet.

Bei denjenigen Servituten, welche sich in einem opus extructum verkörpern, geht sie auf Unterlassen des Weiterbauens, wenn der opus erst angefangen wurde, oder auf die Niederreißung desselben, wenn es schon gebaut ist. Fragm. 12. 8. 5.

Bei der zweiten Art geht sie auf die Zerstörung der Röhren u. s. w. und auf die Unterlassung der bestimmten Handlungen, wodurch die Servitut ausgeübt wurde.

Bei der dritten Art ist dieselbe auf Unterlassung von bestimmten Handlungen gerichtet.

Bei den negativen Servituten gehet sie auf die Gestattung der Vornahme bestimmter Einrichtungen.

Bei den Personalservituten endlich ist sie auf die Herausgabe der res corporalis gerichtet, damit die volle Eigenthumsfreiheit an derselben ausgeübt werden könnte.

Accessorisch kann die actio negatoria auch auf den Schadensersatz gehen, welcher aus der Beschränkung der Eigenthumsfreiheit entstanden ist. Dabei ist gewiß ein Unterschied zu machen, ob derjenige, welcher die Servitut

in Anspruch nahm, in bona fide oder in mala fide handelte. Im erstern Falle ist er zum Ersatz der wirklich gezogenen Früchte verbunden, während er im letztern Falle jeden Schaden, der aus der Störung entstand, ersetzen muß.

Bei denjenigen Servituten, welche durch einzelne wiederkehrende Handlungen ausgeübt werden, pflegte man um sich vor der wiederkehrenden Störung zu sichern, seinen Gegner eine Pönalstipulation eingehen zu lassen, durch welche er sich verpflichten mußte, im Falle der wiederkehrenden Störung eine bestimmte Geldstrafe zum Vortheil des Eigenthümers zu erlegen. Heutzutage ist an die Stelle dieser Pönalstipulation die Androhung der Strafe durch den Richter getreten. Diese Pönalstipulation konnte auch in den Fällen eingegangen werden, wo die Servitut durch Erbauung eines bestimmten opus ausgeübt wird. Aber hier war sie nicht etwas Gewöhnliches. Der Grund hiervon liegt auf der Hand, und ist der, daß der Eigenthümer durch andere Rechtsmittel den Weiterbau des opus für immer hindern konnte.

Wenn der Beklagte dem richterlichen Befehl auf Cautionsleistung, auf Zerstörung des opus oder Unterlassung des Weiterbaues nicht gehorcht, so kann der klagende Eigenthümer das juramentum in litem schwören. Will sich der Beklagte auf die actio negatoria nicht einlassen, so wird dem Kläger der Besitz zuerkannt und dem Beklagten eine Caution auferlegt, daß er die Eigenthumsfreiheit nicht beschränken werde. Darauf bleibt demselben, im Falle er das Servitutenrecht wirklich zu haben meint, nichts mehr übrig, als die actio confessoria anzustellen.

Fragm. 15. 39. 1.

## Ueber die Beweislast bei der actio negatoria.

Es sind hier vier Ansichten zu nennen.

Nach der einen hat der Eigenthümer nur sein Eigen-

thum zu beweisen, so daß demjenigen, welcher die Servitut in Anspruch nimmt, die Beweispflicht obliegt, die Existenz derselben darzuthun.

Nach einer zweiten Ansicht ist umgekehrt der Beklagte von dem Beweise, daß die Servitut zu seinem Vortheil bestellt wurde, frei, und der Eigenthümer hat das Nichtvorhandensein der Servitut zu beweisen.

Nach der dritten Ansicht soll die Entscheidung der Frage über die Beweislast davon abhängen, ob sich der, welcher die Servitut beansprucht, im Besitze derselben befindet, oder nicht. Hat er die quasi possessio der Servitut, so muß der Eigenthümer beweisen, hat er sie nicht, so liegt ihm die Beweispflicht ob.

Nach der vierten — Glück'schen — Ansicht ist der Beklagte nur dann von dem Beweise der Servitut frei, wenn er in possessorio bereits geklagt hat.

Die Glück'sche Ansicht beruht auf der falschen Voraussetzung, daß das in possessorio gefällte Urtheil eine Präsumtion für den Rechtsstreit in petitorio begründen kann. Aber auch die Ansicht derjenigen, welche die Beweislast von dem Besitze der Servitut abhängig machen, widerlegt sich sehr leicht; denn der Besitz kann nur den Vortheil bieten, daß der Besitzer selbst bei verfehltem Beweise denselben behält, da aus dem mangelhaften Beweise die Unwahrheit der zu beweisenden Behauptung nicht gefolgert werden kann[17]). Aber der Besitz kann da, wo es sich nicht um bloße Erhaltung des Besitzes, sondern um Durchführung bestimmter positiver Klaganträge, wie hier um gerichtliche Anerkennung eines Rechts handelt, keine Vortheile mit sich bringen.

---

[17]) Uebrigens ist zu bemerken, daß der Besitz in diesem Falle nur mittelbar den genannten Vortheil gewährt, nicht aber unmittelbar, d. h. nur in soweit, als hier der Besitzer zu gleicher Zeit Beklagter ist. Die Sache ist also die: der Besitzer behält selbst bei verfehltem Beweise den Besitz, weil er ein Beklagter ist.

Nachdem nun die beiden letztern Ansichten als auf falschen Voraussetzungen gebaute abgewiesen wurden, bleibt es übrig, die Ansicht zu widerlegen, wonach der Eigenthümer die Eigenthumsfreiheit nicht zu beweisen brauche, so wie die Ansicht, daß er die Eigenthumsfreiheit beweisen müsse, zu begründen. Die erstere Ansicht wird von verschiedenen Gesichtspunkten aus vertheidigt. Ich will die wichtigsten hervorheben und mich bemühen deren Unrichtigkeit zu beweisen.

Manche.[18]) suchen die Frage aus der ursprünglichen Unbeschränktheit des Eigenthums zu beantworten. Sie argumentiren etwa folgendermaßen: Das Eigenthum sei in seinem ursprüglichen Zustande frei und unbeschränkt, die Schranke erhalte dasselbe erst im Laufe der Zeit durch bestimmte eingetretene Ereignisse, als da sind lex, testamentum, beiderseitige Rechtsgeschäfte, folglich sei jedesmal anzunehmen, daß dasselbe in dem ursprünglichen Zustande der Freiheit, der Unbeschränktheit geblieben sei. Diese Argumentation enthält einen logischen Fehler, indem die Gegner aus der Voraussetzung, daß jede Beschränkung des Eigenthums erst im Laufe der Zeit entstanden ist, einen falschen Schluß machen. Denn daraus, daß jedes Eigenthum früher unbeschränkt war, und zwar aus dem Grunde, weil die Beschränkung als Negation der vollen Eigenthumsfreiheit die letztere voraussetzt, läßt sich keine auch nur einigermaßen wahrscheinliche Schlußfolgerung machen, ob dasselbe in einem bestimmten concreten Falle beschränkt oder unbeschränkt ist. An dieses Hauptargument werden noch andere Argumente angeschlossen, um so dessen Kraft zu verstärken. Mittermayer thut dies damit, daß er behauptet, derjenige, welcher eine Servitut beansprucht, berufe sich im Grunde genommen auf eine Ausnahme von der Regel,

---

18) Francke, Mittermayer, Loehr.

also er schütze eigentlich eine Einrede vor [19]), indem ja, wenn das Eigenthum einmal dargethan ist, dasselbe wegen der unbeschränkten Natur auch nach seinem ganzen Complexe und in allen seinen Theilen nachgewiesen sei. — Diesem Argumente steht der Umstand entgegen, daß der Begriff des Eigenthums an und für sich die Unbeschränktheit nicht involvirt, daß das beschränkte Eigenthum eben so gut unter den Begriff des Eigenthums fällt, wie das unbeschränkte. Die Beschränkung des Eigenthums ist sogar in mancher Hinsicht etwas ganz Gewöhnliches. So wird das unbewegliche Eigenthum meistens servitutpflichtig sein.

Fragm. 75. de evictionibus. „Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt et vindicantur ab alio Quintus Mutius et Sabinus existimant venditorem ob evictionem teneri non posse; *nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo jure, quod tacite soleat accedere, nisi ut optimus maximusquae esset, traditus fuerit fundus;* tunc enim liberum ab omni servitute praestandum.“

Franke sucht noch in dem Civil Archiv XXI. darzuthun, daß es a priori unmöglich sei, daß die Römer bei dem großen Gewichte, welches sie überall auf das practisch Brauchbare und Nützliche legten, dem Eigenthümer den Beweis der Nichtexistenz der Servitut hätten auflegen sollen, welcher nur durch den in den meisten Fällen ganz unmöglichen Beweis einer weder durch Vertrag noch durch Testament u. s. w. geschehenen Erwerbung derselben geliefert werden kann. Dagegen ist einzuwenden:

---

19) Denselben Gedanken spricht auch Vangerow in folgenden Worten aus: wenn ich als Vindicant nachgewiesen habe, ich sei Eigenthümer der in Anspruch genommenen Sache, so sind noch viele Fälle möglich, in denen der Beklagte einen rechtlichen Anspruch haben kann. Und doch gestehet Jeder zu, es liege hier dem Verklagten ob, seine exceptio zu beweisen. Gerade so verhält es sich offenbar, wenn ich einen bloß partiellen Eingriff in mein Eigenthum abwenden will.

a) daß die Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit des Beweises nach dem röm. Rechte von der Beweispflicht nicht befreit;

b) daß von einer so großen Schwierigkeit des Beweises überhaupt nicht die Rede sein kann, indem sich der Eigenthümer durch den Beweis einer durch non usus oder durch usucapio libertatis erworbenen Freiheit des Eigenthums helfen kann;

c) daß der Eigenthümer Rechtsmittel genug hat, die Anstellung der actio negatoria zu vermeiden. Er kann nämlich zu einem possessorischen Rechtsmittel, ja sogar zur Selbsthülfe Zuflucht nehmen, natürlich Alles in geeigneter Zeit, um den Gegner indirect zur Anstellung der actio confessoria zu zwingen. Cfr. übrigens darüber Pape Archiv f. civ. Pr.

Jedenfalls mehr Schein der Wahrheit hat folgende Deduction für sich: da das Eigenthum nur durch spätere Ereignisse beschränkt wird, so muß derjenige, welcher die Beschränkung behauptet, beweisen, daß ein solches Ereigniß nie eingetreten ist [20]). — Diese Deduction enthält eine Anwendung der falschen Ansicht, wonach derjenige, welcher eine Negative behauptet, von der Beweislast frei sein soll. Die Sache ist die: die Negative kann doppelter Art sein:

a) Negative der Form sowohl, als auch dem Inhalte nach. Eine solche Negative wird von demjenigen behauptet, welcher nur die Behauptung seines Gegners läugnet, selbst aber keine selbstständige Behauptung aufstellt.

b) Negative der bloßen Form nach. Eine solche Ne-

---

20) An eine solche Deduction hat offenbar Heffter, der sich auf allen Gebieten der Jurisprudenz ausgezeichnet hat, gedacht, wenn er sagt, daß die actio negatoria sich im Grunde genommen — wie es aus Theophilus hervorgehen soll, aber nicht hervorgeht — in eine actio confessoria auflöse. —

gative behauptet derjenige, welcher wie der Eigenthümer im Falle der Anstellung der actio negatoria eine selbstständige, und darum dem Inhalte nach positive Behauptung in eine negative Intentio einkleidet. Die Behauptung einer Negative der erstern Art befreit vom Beweise, nicht so die Behauptung einer Negative der letztern Art.

Hoffmann argumentirt im §. 125 so: die starre Consequenz spreche für die Ansicht derer, welche dem Eigenthümer die Beweislast des Nichtvorhandenseins der Servitut auflegen. Dennoch sei ihre Ansicht eine irrige, denn:

a) der regelmäßige Gang der Dinge sei durchaus nicht, daß das Eigenthum beschränkt werde;

b) nur da, wo das Eigenthum regelmäßig frei ist, erhalte die Person eine sichere und feste Stellung, nur da, wo die Person einen gewissen Umfang von Sachen ganz hat, wird die eine Person von der andern Person gehörig abgegrenzt sein, die eine Person der andern gehörig gegenüber stehen, mit ihr verkehren können, und als Person in ihrem äußerlichen Dasein, das sich gerade in der Herrschaft über die Sache zu erkennen giebt, sich erhärten. Nur bei einer solchen Ordnung der Rechtsverhältnisse werden die materiellen Zwecke der Gesellschaft am besten erreicht. —

Wäre es wahr, daß durch die von Hoffmann so sehr gerühmte Ordnung der Rechtsverhältnisse die materiellen Zwecke der Gesellschaft am besten erreicht werden können, eine richtige, so müßte man die Entstehung der jura in re für keinen Fortschritt, sondern im Gegentheil für einen dem materiellen Wohle der Gesellschaft schädlichen Rückschritt halten. Aber zum Glück verhält sich die Sache anders, denn nicht das „gehörige" Gegenüberstehen der Personen belebt den Verkehr der Menschen und hebt den allgemeinen Wohlstand der Gesellschaft, sondern die Möglichkeit, sich einander zu nähern, und die Leichtigkeit,

Verbindungen mit einander zu knüpfen. — Merkwürdig ist die Art und Weise, wie Hoffmann seine Deduction den Argumenten Mittermayer's, Francke's und Anderer gegenüberstellt und wie er seine Ansicht im Verhältnisse zu der Ansicht jener Rechtsgelehrten charakterisirt. Er sagt, nicht aus dem Gesichtspunkte des formellen Begriffs des Eigenthums, wie es Mittermayer u. s. w. thut, sei der Satz abzuleiten, daß der Eigenthümer die Freiheit seines Eigenthums nicht noch besonders nachzuweisen habe, sondern aus dem Gesichtspunkte des materiellen Begriffs des Eigenthums. Diese Unterscheidung zwischen einem formellen und einem materiellen Begriffe des Eigenthums scheinen mir leere Worte zu sein, da jede Sache nur einen Begriff haben kann. — Die Eintheilung in formelle und materielle Begriffe gehört der alten Logik an, die heutzutage schon antiquirt ist. —

Puchta im Rheinischen Museum I. Jahrgang S. 165. fgg. und Vangerow in seinen Pandecten gehen davon aus: die actio negatoria beruhe auf demselben Klagegrunde, wie die rei vindicatio, sie sei auch im Grunde genommen weiter nichts, als eine rei vindicatio mit speciellem Namen, sie unterscheide sich nur dadurch von derselben, daß sie aus Veranlassung einer partiellen Verletzung des Eigenthums angestellt wird, während man jene aus Veranlassung einer totalen Verletzung desselben anstellt. Und da beide Klagen sich von einander innerlich nicht unterscheiden, so versteht sich von selbst, daß bei beiden dieselben Beweisnormen zur Anwendung kommen müssen. Gegen diese Ansicht läßt sich Vieles einwenden. Zunächst ist zu bemerken, daß die Anschauung von einer partiellen Verletzung des Eigenthums dem Begriffe desselben widerspricht. Denn das Eigenthum ist eine Totalität, und kann als solche ebensowenig partiell verletzt werden, wie wenig es partiell ausgeübt, erworben, verloren werden kann. Jede Verletzung des Eigenthums ist eine totale. Und in der That, wenn

Jemand ein bestimmtes Servitutrecht in Anspruch nimmt, so verletzt er das Eigenthum eines Andern nicht, er läßt dieses vielmehr ganz unangetastet, indem das Eigenthum ebenso gut ein beschränktes, als ein unbeschränktes sein kann.

Aber auch die Behauptung, daß die rei vindicatio und die actio negatoria sich auf den nämlichen Rechtsgrund stützen, daß das Fundament beider das Eigenthum sei, und daß sie sich nur durch eine äußere Veranlassung von einander unterscheiden, ist eine irrige [21]). Puchta sucht dieselbe folgendermaßen zu begründen. Zur Anstellung einer Klage, sagt er, werden zwei Dinge vorausgesetzt:

a) ein Recht;

b) eine Verletzung dieses Rechts von Seiten eines Andern.

Das Recht sei der Grund der Klage, die Verletzung sei der Grund der Anstellung der Klage, also der actio nata. Ich gestehe, daß mir dies sehr verworren klingt; denn die Klage existirt nur von dem Zeitpunkt an, wo sie angestellt werden kann. Man kann zwei Zeitpunkte in Bezug auf die Klage nicht unterscheiden, einen Zeitpunkt vor der Anstellung, in welchem das Recht als Grund derselben gelten soll, und einen Zeitpunkt, wo sie angestellt wird, in welchem die Verletzung des Rechts von Seiten eines Dritten als ihr Grund gelten soll. Das wahre Sachverhältniß ist folgendes: Die Klage wird von mir angestellt, weil ein Anderer mein Recht verletzt hat, derselbe aber hat darum mein Recht verletzt, weil ich das Recht erworben habe. So ist die Rechtsverletzung als der eigentliche Grund der Anstellung der Klage zu betrachten, wäh-

---

21) Ueberhaupt liegt darin ein logischer Widerspruch, wenn die Gegner von dem Gesichtspunkt ausgehen, daß die rei vindicatio gegen totale, die actio negatoria gegen partielle Verletzungen gehe, und doch behaupten, daß der Klagegrund beider Klagen der nemliche ist.

rend der Erwerb, das Haben eines Rechts nur eine Voraussetzung derselben ist. Vangerow sucht die Ansicht, daß die actio negatoria sich nur durch eine äußere Veranlassung von der rei vindicatio unterscheidet, daraus abzuleiten,

a) daß die erstere als eine Servitutenklage nicht gelten kann;

b) daß dieselbe auf den Fall, wo ein Dritter eine Servitut beansprucht, nicht beschränkt ist, sondern auch gegen sonstige Anmaßungen angestellt wird.

Was den ersten Punkt betrifft, so unterstützt dieser die Vangerow'sche Ansicht nicht; denn daraus folgt nur dies, daß beide Klagen von dem Eigenthümer angestellt werden, nicht aber auch dies, daß beide Klagen sich ihrem Grunde und Zwecke nach von einander nicht unterscheiden. Dies Argument ist übrigens nur gegen die verkehrte Ansicht Einiger, welche die actio negatoria zu einer Servitutenklage machen wollen, gerichtet. Aber auch daraus, daß die actio negatoria gegen sonstige Anmaßungen Anderer angestellt werden kann, folgt nicht die Richtigkeit der Ansicht Vangerow's. Denn der Umstand würde — nur unter der Voraussetzung für die Ansicht Vangerow's sprechen, wenn in allen diesen Fällen auch die rei vindicatio angestellt werden könnte. Da dies aber nicht der Fall ist, so ist man umgekehrt zu der Schlußfolgerung berechtigt, daß die actio negatoria sich von der rei vindicatio wesentlich unterscheidet. Die Ansicht Puchta's und Vangerow's widerlegt sich aber auch durch die einfache Thatsache, daß neben der rei vindicatio die actio negatoria entstanden ist. Wäre nämlich die Ansicht jener Rechtsgelehrten eine richtige, so würde kein Grund vorhanden sein, nach der rei vindicatio noch eine neue Eigenthumsklage einzuführen, und zwar dies um so weniger, als durch die rei vindicatio plus petitur, wie durch die actio negatoria.

Vangerow beruft sich auch auf das Fragm. 15. si ususfr. petat. Aber auch dieses unterstützt seine Ansicht nicht.

In demselben führt Ulpian folgenden Gedanken durch: der Eigenthümer kann nicht mit der Intention uti frui jus mihi esse, oder was ganz dasselbe ist, mit der actio confessoria klagen. Er muß vielmehr in einem solchen Falle, wo ein Anderer den ususfructus an seiner Sache in Anspruch nimmt, mit der actio negatoria klagen, und zwar aus dem Grunde:

a) weil der ususfructus kein jus separatum ist, sondern ein Eigenthumsrecht, wie andere Eigenthumsrechte;

b) weil er als Eigenthümer keine servitus ususfructus an seiner eigenen Sache, da nemini res sua servit, haben darf, und ein Jeder doch de suo, non de alieno jure klagen muß. Nun fährt Ulpian weiter so fort: Alle diese Gründe beziehen sich aber auf die actio negatoria nicht, denn der klagende Eigenthümer betrachtet nicht den ususfructus als ein jus separatum; er klagt ferner mit dieser Klage de suo jure d. h. als Eigenthümer. So ist also in dieser Stelle, wenn man sie richtig paraphrasirt, d. h. dasjenige, was nur aphoristisch gesagt ist, ausfüllt und die Sätze in Verbindung mit einander bringt, nur der ganz einfache und sich am Ende von selbst verstehende Sinn enthalten, daß der Eigenthümer nicht als Servitutberechtigter sondern als Eigenthümer mit der actio negatoria klagt, daß also die actio negatoria sich nicht in eine actio confessoria auflösen lasse, wie es Heffter in seinen Zusätzen zu der bekannten Schrift des Weber behauptet.

Nun komme ich zu dem positiven Theile der Untersuchung. Es giebt einen wichtigen und wesentlichen Unterschied zwischen der rei vindicatio und der actio negatoria. Beide Klagen unterscheiden sich ihrem Grunde und ihrem Zwecke nach [22]); die vindicatio geht nicht auf die Verfol-

---

[22]) Die Wahrheit liegt also nicht in der Behauptung der Gegner, die da meinen, daß die actio negatoria sich nur durch äußere Veran-

gung eines einzelnen Eigenthumsrechts, als da ist usus, ususfructus etc. sondern sie ist gerichtet auf die res corporalis, um an derselben das sich in ihr verkörpernde Eigenthumsrecht auszuüben, d. h. in seiner Totalität auszuüben, da eine partielle Ausübung unmöglich ist. Die actio negatoria aber ist darauf gerichtet, daß ein Anderer ein bestimmtes einzelnes Recht, wodurch die Eigenthumsfreiheit beschränkt wird, nicht ausübe. Die rei vindicatio gründet sich auf die Verletzung des Eigenthums als einer Totalität, die actio negatoria gründet sich darauf, daß ein Anderer ein einzelnes Recht sich anmaßt, wodurch nur die Eigenthumsfreiheit beschränkt wird. Daraus ergiebt sich von selbst, daß bei beiden Klagen ganz andere Normen über die Beweiskraft zur Anwendung kommen müssen. Bei der rei vindicatio braucht der Eigenthümer nur das Eigenthum zu beweisen, weil er das Eigenthum im Allgemeinen verfolgt. Bei der actio negatoria verfolgt der Kläger ein einzelnes Recht, indem er die Behauptung aufstellt, daß die Eigenthumsfreiheit nicht beschränkt wurde, und muß darum diese Behauptung durch Beweis bekräftigen. — Ueberhaupt enthält die Ansicht der Gegner das Widersinnige in sich, daß sie den mit der actio negatoria klagenden Eigenthümer dasjenige beweisen lassen, worauf sein eigentlicher Klagantrag nicht gerichtet ist, und was nicht bei dem Klagantrag selbst, nicht bei der causa, sondern nur bei der legitimatio ad causam zur Sprache kommen kann, wenn der Beklagte dem Kläger vorwirft, er sei kein Eigenthümer. Dieser Widersinn tritt noch schärfer hervor in den Fällen, wo der Beklagte die Eigenschaft sei-

---

lassung, also nur unwesentlich von der rei vindicatio unterscheidet. Sie liegt vielmehr in der umgekehrten Behauptung, daß die actio negatoria sich wesentlich von der rei vindicatio unterscheidet, daß sie nur in dem unwesentlichen Punkte mit ihr übereinstimmt, daß beide von dem Eigenthümer angestellt werden können.

nes Gegners als Eigenthümer gar nicht bestreitet, denn in diesem Falle lassen die Gegner den Eigenthümer das beweisen, was kein controverser Punkt ist. Wollen sich die Gegner streng logisch ausdrücken, so müssen sie geradezu aussprechen, daß bei der actio negatoria von einer Beweispflicht des Eigenthümers gar nicht die Rede sein kann, daß die ganze Beweislast dessen Gegner, dem Beklagten, obliege. Der Eigenthümer brauche nur unter Umständen sein Eigenthum zu beweisen, nämlich dann, wenn der Gegner das Eigenthum leugnet, und so den Kläger auffordert, daß er sich ad causam legitimiren solle [23]).

Die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht geht noch aus zwei Umständen hervor:

a) daraus, daß es keine actio negatoria Publiciana giebt. Wäre es richtig, daß der Kläger mit der actio negatoria den nämlichen Beweis zu führen habe, wie der Kläger mit der rei vindicatio, so würde es höchst widersinnig gewesen sein, die Beweislast bei der rei vindicatio durch die Fiction einer vollendeten Usucapion zu erleichtern, bei der actio negatoria dagegen eine solche Erleichterung zu versagen. Die Gegner geben das Widersinnige zu, aber jedenfalls wäre es besser, statt dem Römischen Rechte einen Widersinn aufzubürden, die falsche Ansicht aufzugeben;

---

23) Gelegentlich will ich noch erwähnen, daß die Meinung mancher Juristen eine unrichtige ist, wenn sie behaupten, daß der Eigenthümer bei der legitimatio ad causam den vollständigen Eigenthumsbeweis zu liefern nicht braucht. Diese Meinung, daß bei der legitimatio ad causam eine bloße Bescheinigung genüge, während sonst ein voller Beweis geliefert werden muß, entbehrt alles und jeden Grundes, denn es ist nicht einzusehen, warum der Beweis bei der legitimatio erleichtert werden sollte, zumal da der Eigenthümer sich durch die Fiction der vollendeten Usucapion helfen kann. Cf. darüber auch Puchta Rheinisches Museum I. S. 165, dessen Abhandlung aber bei manchem Trefflichen vieles Falsche enthält. —

b) aus dem Fragm. 5. §. 10. de O. N. N. und Fragm. 45. de damno infecto. Das Fragm. 5. §. 10. lautet:

„Meminisse autem oportebit, quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere, vel projicere vult, melius esse eum per Praetorem vel per manum id est lapilli ictu prohibere, quam operis novi nuntiatione, ceterum operis novi nuntiatione possessorem[24]) eum faciemus, cui nuntiaverimus. At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti,“

Der Sinn deſſelben iſt folgender: In den Fällen, in denen der Eigenthümer außer der operis novi nuntiatio noch andere Rechtsmittel hat, wodurch er ſeinen Nachbar an der Vornahme irgend einer beſtimmten Baut hindern kann, d. h. in den Fällen, wenn der Nachbar auf deſſen Grund und Boden baut, iſt es für ihn weit vortheilhafter dieſelben zu ergreifen, denn durch die operis novi nuntiatio läßt er ſeinen Gegner in das günſtige Verhältniß des Beklagten treten, und muß ſelbſt die läſtige Rolle des Klägers übernehmen.

Daraus geht unzweifelhaft hervor, daß der Eigenthümer nur dann von der betreffenden Beweislaſt befreit iſt, wenn er ſich in der günſtigen Lage des Beklagten befindet, wenn alſo nicht er ſeinen Gegner mit der actio negatoria belangt, ſondern umgekehrt wenn er von demſelben mit der actio confessoria belangt wird.

Das Fragm. 45. de damno infecto lautet:

„Aedificatum habes; ago tibi jus non esse aedificatum ita

---

24) Reinhardt bezieht die Worte: possessorum eum faciemus in ſeiner Schrift über die operis novi nuntiatio §. 3. auf die possessio des nuntiirten opus. — Dies iſt aber falſch. Cf. Haſſe III. R. M. S. 613.

habere, non defendis. Ad me possessio transferenda est, non quidem ut protinus destruatur opus, sed ut id fiat nisi intra certum tempus egeris, jus tibi esse aedificatum habere.“ etc.

In demselben ist folgender Fall vorausgesetzt: *A* hat höher gebaut, *B*. klagt aus der servitus altius non tollendi. *A* defendirt sich nicht, darum wird dem *B* die possessio zugetheilt, d. h. darum wird präsumirt, daß der Klagantrag des *B* ein begründeter ist (von der entsprechenden Caution, die noch obendrein auferlegt wurde, spricht der Jurist nicht). Daraus folgt, daß *A* noch bevor die Klage verjährt ist (intra certum tempus) mit der Intentio: jus mihi esse aedificatum ita habere, als Eigenthümer klagen, seinen Klagantrag, d. h. die Freiheit des Eigenthums, beweisen und damit die Präsumtion, daß *B* eine servitus altius non tollendi erworben hat, entkräften muß, weil sonst das opus exstructum demolirt wird. —

Außerdem werden noch einige andere Fragmente von den Rechtsgelehrten, welche die hier vorgetragene Ansicht vertheidigen, angeführt, so von Pape im Archiv für civilistische Praxis. Aber alle diese Fragmente gehören entweder gar nicht hierher, oder lassen sich mit der Ansicht der Gegner vermitteln. Das Fragm. 8. §. 5. si serv. vind. redet von der Beweislast nicht [25]), indem es folgenden Sinn

---

25) Die Annahme, daß dieses Fragment von den Vortheilen der Beweisfreiheit und den Nachtheilen der Beweispflicht redet, widerlegt sich dadurch, daß sie zu ganz falschen Resultaten führen würde. Man wäre nämlich, wenn man einmal von diesem Gesichtspunkte ausgeht, daß das Fragment die genannte Beziehung enthält, die Behauptung aufzustellen gezwungen, daß die Freiheit von dem Beweise entweder von dem Besitze der Servitut überhaupt abhänge, oder wenigstens, daß dies, wie Pape S. 250. behauptet, bei der servitus tigni immittendi ausnahmsweise der Fall sei. Wenn Pape diese Ausnahme aus dem besondern Umstande ableiten will, daß die Einlegung eines Balkens in ein fremdes Gemauer einerseits etwas so Anmaßendes, daß sich Niemand dieselbe mit seinem Wissen wird gefallen lassen, andererseits

hat: Wenn die Balken bereits in die fremde Wand eingebaut sind, so gilt der, welcher die Servitut in Anspruch nimmt, insofern als possessor, als er während des Rechtsstreits jede Verhinderung seines Gegners zurückweisen kann; sind aber die Balken noch nicht eingeschoben, so gilt umgekehrt der Eigenthümer als possessor und kann als solcher die immissio tignorum verbieten.

Ebenso wenig kann man sich auf das Fragm. 14. de prob. und auf das Fragm. 7. §. 5. de liber. causa, in welchem letztern derselbe Gedanke, wie in dem ersten Fragmente ausgedrückt ist, berufen. Bei dieser Berufung treibt man, wie Vangerow ganz richtig sich ausdrückt, ein willkürliches Spiel mit dem Worte Freiheit;“

Ebenso wenig kann das Fragm. 1. §. 1. de superf. [26]) zur Unterstützung der hier vertheidigten Ansicht angeführt werden, denn dasselbe spricht nicht von dem Vortheil der Beweisfreiheit, sondern von dem Vortheil, wonach der possessor von der Caution frei ist, welche der appellirende Besitzer durch Deposition der Früchte zu stellen hat.

Das Fragm. 15. de O. N. N., auf welches man sich auch beruft, hat den Sinn: wenn ein Nachbar auf Grund der servitus altius non tollendi klagt, und der Beklagte

---

etwas so Auffallendes sei, daß ein Jeder Bedenken tragen würde, denselben unbefugterweise einzumauern — so ist darauf zu entgegnen, daß dieselben Umstände auch bei der servitus oneris ferendi eintreten. —

26) Der Sinn des Fragments ist folgender: der Superficiar kann nach dem civilen Rechte gegen den Eigenthümer (da die superficies bekanntlich im Gegensatz zu der Emphyteusis aus einem besondern Rechtsakt nicht entsteht, sondern aus einem gewöhnlichen Kauf- oder Miethsvertrag zu welchem die dingliche Seite hinzutritt) nur mit der gewöhnlichen Contraktsklage, d. h. mit der actio empti oder locati klagen, und zwar klagt er gegen ihn auf Entschädigung, wenn er von ihm selbst in der Ausübung seines Rechts gehindert wird, oder auf Cession der Interdicte, wenn er von einem Dritten gestört wurde, um dann die cedirten Interdikte als utiles gegen den Dritten anstellen zu können. Später gab man dem Superficiar, da dies für ihn jeden-

sich nicht defendirt, so ist der Judex [27]) verpflichtet, dem Beklagten die Caution aufzulegen, wodurch er sich verbindlich machen muß, nicht eher höher zu bauen, bis er die Befugniß dazu durch den Beweis der Nichtexistenz der *servitus altius non tollendi* außer allen Zweifel gesetzt hat.

Vangerow interpretirt das Fragment so: „Wäre der Beklagte nicht ungehorsam gewesen, so hätte der Kläger sein Eigenthum beweisen müssen, und hätte er diesen Beweis nicht erbracht, so wäre er abgewiesen worden, selbst wenn der Beklagte den Beweis des Servitutenrechts nicht erbringen konnte. Diesen Vortheil nun verliere der ungehorsame Beklagte, indem er jetzt unter keiner andern Voraussetzung

---

falls vortheilhafter war, in dem letztern Falle ein eigenes Interdict, welches Interd. de superficiebus heißt. Auf dessen Entstehung haben zwei Gründe hingewirkt:

a) der Umstand, daß das obligatorische Verhältniß bei der superficies zwischen der emtio und locatio schwankt (quia incertum erat an locati existeret);

b) der Umstand, daß es vortheilhafter ist, ein possessor, als ein gewöhnlicher Gläubiger zu sein, und zwar — was der Jurist nicht näher angiebt — offenbar aus dem Grunde, weil man als possessor von den Cautionen befreit ist, welche der appellirende Besitzer durch Deposition der Frucht und Revenüen zu stellen verpflichtet ist. Cf. darüber den vortrefflichen Aufsatz in Rudorff's Zeitschrift für Gesch. Rw. XI. Nr. 7.

27) Unter dem Judex versteht Cujacius Comm. ad Africanum Tract. IX. 1. c. den Judex der Hauptsache. Dies ist unrichtig; denn hat der Beklagte sich in jure nicht defendirt, so kann von einem judicium ordinatum nicht die Rede sein; hat er sich dagegen post judicium ordinatum nicht defendirt, so wird das judicium zu einem judicium desertum. Bethmann. Hollweg, Handbuch des Civilpr. A. 1. S. 286. versteht darunter den Prätor; aber auch diese Annahme steht nicht im Einklange mit den Worten: partes judicis non alias futuras fuisse ait. So ist ganz gewiß die Meinung Rudorff's, Zeitschr. f. G. R. IX. S. 36., die einzig richtige, welcher in dem Aufsatze über das Interdict. quem fundum unter dem Judex einen wahren Richter, aber nicht in der Hauptsache, sondern in dem Interdictsprocesse versteht.

ein siegreiches Urtheil erlangen könne, als wenn er die Existenz der behaupteten Servitut darthut.“ Diese Interpretation beruht auf einer falschen Voraussetzung, nämlich auf dieser, daß der Kläger mit der Intentio: jus vicino non esse aedes altius tollere als Eigenthümer und nicht als Inhaber der betreffenden Dienstbarkeit klagt. Daß er aber als Inhaber einer Servitut klagt, ergiebt sich daraus, daß man Niemanden kraft des bloßen Eigenthums am Höherbauen hindern darf, indem der höher Bauende in alienum mihil immittit, d. h. indem er keinen Eingriff in das fremde Eigenthum thut. —

Puchta interpretirt in den Institutionen § 253. S. 759. dieses Fragment auf folgende Weise: „Wenn Jemand gegen seinen Nachbar, ehe dieser noch wirklich gebaut hat, klagt: jus ei non esse aedes altius tollere, und der Beklagte verweigert die Einlassung auf die Klage, so wird dies gestattet, aber er erleidet den Nachtheil, daß er, wenn er künftig bauen will, mit der Klage aus dem jus altius tollendi auftreten muß, und diese Klage wird dann nicht als negatoria, sondern als confessoria, das Recht daher als servitus altius tollendi behandelt, so daß ihm eine besondere Erwerbung dieses Rechts zu beweisen obliegt.“ Die Interpretation Puchta's wäre unter der einzigen Voraussetzung eine richtige, wenn es sich mit Sicherheit annehmen ließe, daß der Jurist in diesem Fragmente an den Fall gedacht hat, wo zwei Servituten einander gegenüberstehen nämlich die servitus altius non tollendi, welche auf dem Prädium des *B* lastet, und die servitus altius tollendi, welche auf dem Prädium des *A* haftet. Denn nur in diesem Falle klagt *B* mit der Intentio: jus mihi esse aedes altius tollendi als Servitutinhaber. Da aber die Annahme sich durch nichts rechtfertigen läßt, so ist auch die Interpretation Puchta's gewiß nicht zu billigen. Es muß vielmehr gesagt werden, daß *B* mit der Intentio: jus mihi esse aedes altius tollendi als Eigenthümer klagt,

indem es nicht einzusehen ist, weßhalb das Recht, höher zu bauen dadurch, daß er die Einlassung auf die Klage des *A* verweigert hatte, aufhören sollte, ein Eigenthumsrecht zu sein. —

Löhr spricht sich in seinem Magazin III. S. 511. folgendermaßen aus: der Umstand, „daß der Besitzende von dem Beweise frei ist, ergebe sich aus der Eigenthümlichkeit der Gebäudeservituten. Denn da bei diesen die Freiheit von der Servitut wieder als Servitut angesehen werde, so sei hier eigentlich nur ein Streit zwischen zwei angeblichen Servitutinhabern vorhanden, und da müsse denn natürlich der Besitz entscheiden." Auch diese Interpretation beruht auf einer falschen Voraussetzung. Denn die Freiheit des Eigenthums von der Servitut gründet sich ebensowenig bei den Gebäudeservituten, als bei den Felddienstbarkeiten auf den Erwerb einer Servitut, vielmehr gründet sich dieselbe auf die Nichtexistenz aller und jeder Servitut überhaupt.

## Ueber die possessorischen Rechtsmittel.

Da die Ausübung der Personalservituten, wie schon gezeigt wurde, die Detention der Sache involvirt, so folgt von selbst, daß dieselbe, oder was dasselbe ist, daß ihre quasi possessio — da der Besitz der Servitut eben in dem usus servitutis bestehet — auf ganz die nämliche Weise gestört wird, wie die vera possessio einer res corporalis. Darum nun, daß die Störung der quasi possessio der Personalservituten auf die nämliche Art, wie die Störung der vera possessio geschieht, hat der Prätor in seinem Edicte — denn diese Uebertragung des Interdictenschutzes auf die quasi possessio geschah nicht durch die Juristen, sondern durch den Prätor — den Satz angeknüpft, daß der Besitz der Personalservituten auf die nämliche Weise possessorisch geschützt werden solle, wie die vera possessio. Dies muß aber hervorgehoben werden,

daß der letztere Satz, aus dem Umstande, daß der Besitz der Personalservituten ebenso gestört wird, wie die vera possessio, logisch gar nicht folgt, daß er also eine rein positive Erweiterung des Prätor ist.

Es dienen folgende Interdicte zum Schutze der quasi possessio der Personalservituten: das Interdictum uti possidetis unde vi und precario. Savigny (Besitzlehre) behauptet, daß auch das Interdictum de clandestina possessione, sowie das Interdictum utrubi im Falle einer Störung der quasi possessio der Personalservituten angestellt werden können. Da indessen in den Quellen nur von der Erweiterung der Interdicte uti possidetis unde vi und precario auf die Personalservituten die Rede ist, so halte ich seine Ansicht für eine unrichtige, da man sich hier, indem die Erweiterung der possessorischen Rechtsmittel auf die Personalservituten rein positiver Natur ist, streng an die Quellen halten muß.

## Die Controverse, ob die Prädialservituten durch das Interdictum Uti possidetis geschützt werden?

Es sind hier vornehmlich drei Ansichten hervorzuheben: Nach der einen Ansicht, welche früher die herrschende war, heut zu Tage aber allgemein verworfen wird, werden sowohl die Feld- als auch Häuserservituten durch dieses Interdict geschützt; die Felddienstbarkeiten nämlich durch das Interd. uti possid. eum fundum, die Gebäudeservituten durch das Interd. Uti possid. eas aedes. Nach der Savigny'schen Ansicht genießen dieses Schutzes alle negativen Dienstbarkeiten und diejenigen affirmativen, welche nicht durch einzelne unabhängige Handlungen ausgeübt werden, welche sich also nicht mittelbar auf ein anderes Grundstück beziehen, sondern mit dem Besitze desselben unmittelbar verbunden

sind [28]). Nach der dritten Ansicht, welche ich für die richtige halte, werden die Prädialservituten durch dieses Interdict nicht geschützt. —

Savigny begründet seine Ansicht (Besitz §. 46.) folgendermaßen: „die Gebäudeservituten seien eigentlich Qualitäten des Besitzes der Hauptsache [29]). Wer z. B.

---

[28]) Rudorff hat in der Zeitschr. f. G. Rw. XI., 350, eine Ansicht aufgestellt, die sich nur in dem einen unwesentlichen Punkte von der Savigny'schen Theorie unterscheidet, daß Rudorff die Anstellung des genannten Interdicts nur bei den affirmativen Gebäudeservituten für zulässig hält. Was die wissenschaftliche Begründung seiner Ansicht anlangt, so tritt Rudorff der Ansicht Savigny's bei. — Indem ich behaupte, daß die Rudorfffsche Ansicht von der Savignyschen Theorie nur in einem unwesentlichen Punkte abweicht, gehe ich von der Annahme — die allgemein getheilt wird — aus, daß Savigny unter den negativen Dienstbarkeiten und denjenigen affirmativen, welche mit dem Besitze der Hauptsache unmittelbar verbunden sind, Gebäudeservituten überhaupt versteht. Freilich muß dann der Einwand gemacht werden, daß Savigny sich nicht genau ausdrückt, indem es

a) auch eine negative Felddienstbarkeit giebt, und indem
b) die servitus cloacae, fumi immittendi, stillicidii recipiendi durch einzelne unabhängige Handlungen, wenn auch mit Hülfe dauernder Anstalten ausgeübt werden, also ebenso ausgeübt werden, wie die servitus aquaeductus.

[29]) In dem Fragm. 86. de V. S. „Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo“ identificirt der Jurist offenbar zwei verschiedene Begriffe, nämlich die Wirkung (gesunde Lage u. s. w.) mit der Ursache (servitus). Die salubritas u. s. w. ist nicht Servitut selbst, sondern sie wird durch die Servitut hervorgebracht. — Savigny sagt nun Folgendes: Aus diesem Fragment gehe hervor, daß die Servituten Qualitäten der Praedia sind, d. h. daß das Recht derselben eine Qualität des Eigenthums der Praedia ist. — Abgesehen davon, daß, wie schon gesagt, in diesem Fragment zwei verschiedene Dinge identificirt werden, so folgt der letztere Satz aus dem erstern gar nicht. Denn ist es wahr, — was freilich entschieden geleugnet werden muß — daß die Prädialservitut mit der gesunden Lage des Prädiums u. s. w. identisch ist, so folgt, daß dieselbe als eine Qualität des Eigenthums dieses Prädiums nicht angesehen werden kann, indem sonst auch die gesunde Lage u. s. w.

das jus tigni immittendi oder altius non tollendi besitzt, hat eigentlich nur den Besitz seines Hauses, so oder anders modificirt. Deswegen war es gar nicht nöthig für den Besitz dieser Servituten eigene Interdicte einzuführen, da durch jede Störung desselben zugleich der Besitz der Hauptsache gestört wird. Die Klage also, welche für den Besitz aller dieser Servituten allein gilt, ist zwar niemals das Interd. de vi, indem die stärkste Verletzung dieser Art den Besitz des Grundstücks nicht aufhebt, wohl aber das Interd. Uti possid. Dieser Satz zeigt sich deutlich in einer Ausnahme. Bei dem jus cloacae nämlich fand man es für nöthig, die possessorische Klage etwas anders zu bestimmen, als das Interd. Uti possid. wirklich bestimmt war; deswegen wurde für diesen Fall nicht nur ein eigenes Interd. gegeben, sondern auch das Interd. uti possidetis noch besonders ausgeschlossen. Diese Ansicht werde durch den Gegensatz derjenigen Servituten, welche durch einzelne Handlungen ausgeübt werden, noch deutlicher werden. Auch diese Servituten sind Qualitäten der Grundstücke, d. h. das Recht derselben ist eine Qualität des Eigenthums der Grundstücke, nicht so ihr Besitz. Denn da dieser auf Handlungen beruht, die von dem Besitz der Hauptsache ganz unabhängig sind, so kann man nicht sagen, daß die Servituten selbst zugleich mit der Hauptsache besessen werden, und daß die Störung derselben zugleich den Besitz des Grundstücks verletze. Darum sind für die wichtigsten Rechte dieser Klasse eigene Interdicte angeordnet, ohne daß man es für nöthig fand, sie von dem Interd. Uti possid. ausdrücklich auszunehmen."

Dagegen läßt sich vieles einwenden:

---

eine Qualität des Eigenthums sein müßte, was doch Niemand zu behaupten wagen wird. Dann scheint mir auch dies sehr bedenklich, daß Savigny die Servitut dem Rechte der Servitut entgegenhält. Die Servitut ist eben ein Recht, Servitut und Servitutenrecht sind nur zwei verschiedene Ausdrücke, welche einen und denselben Begriff ausdrücken. —

Zunächst scheint mir die Eintheilung der positiven Prädialservituten

a) in solche, welche, indem sie durch einzelne Handlungen ausgeübt werden, sich nur mittelbar auf das herrschende praedium beziehen;

b) und in solche, welche mit dem herrschenden Grundstück unmittelbar verbunden sind;

keine richtige zu sein. Dieser Eintheilung ist folgende Classificirung bei weitem vorzuziehen:

a) in Dienstbarkeiten, welche durch einzelne Handlungen ohne das Mittel dauernder Anstalten ausgeübt werden (Wegegerechtigkeiten);

b) in Dienstbarkeiten, welche man zwar auch durch einzelne Handlungen, aber mit Hülfe dauernder Anstalten ausübt (aquaeductus);

c) in Dienstbarkeiten, deren Zweck sich in einer Anstalt verkörpert; dahin gehören alle affirmativen Gebäudeservituten mit Ausnahme der s. cloacae, fumi immittendi, stillicidii avertendi.

Dann ist auch die Behauptung unrichtig, daß der Besitz eines Hauses durch den Erwerb einer negativen Dienstbarkeit modificirt werde. Daß der Besitz eines Hauses durch den Erwerb einer servitus tigni immittendi modificirt wird, begreift sich leicht, indem das tignum immissum — was freilich keine Dienstbarkeit, sondern nur ein servitutis jure erbautes opus ist — als ein Theil des Hauses sich äußerlich darstellt. Daß aber der Besitz des Hauses durch eine servitus altius non tollendi modificirt werden sollte, das läßt sich gewiß nicht vertreten, indem durch deren Erwerb zu dem Hause nichts Körperliches hinzutritt. Dies Bedenken hat offenbar Rudorff bewogen, daß er von der Theorie Savigny's darin abweicht, daß er den negativen Dienstbarkeiten den Schutz des Interd. Uti eas aedes possidetis versagt.

Ich wende mich nun zu dem Hauptargumente Savig=

ny's. — Daß die Prädialservituten als Qualitäten des Prädiums nicht betrachtet werden können, dies habe ich schon in der Anmerkung zu erweisen gesucht. S. 246. Hier ist noch die Meinung zu widerlegen, wonach der Besitz der Gebäudeservituten sich als eine Qualität des Besitzes der Hauptsache herausstellen soll. Mit den sehr künstlich zugerichteten Worten „der Besitz einer Gebäudeservitut sei eine Qualität des Besitzes der Hauptsache" will Savigny höchst wahrscheinlich dies ausdrücken, daß durch jede Störung des Besitzes der Servitut der Besitz der Hauptsache mit gestört werde, indem der Besitz der Servitut sehr innig mit dem Besitz der Hauptsache verbunden ist. Ist dies der Fall, so ist der Ausdruck „Qualität des Besitzes der Hauptsache" ein unpassender, denn das Wort Qualität kann sich etymologisch genommen nur auf die innere Beschaffenheit des Besitzes beziehen, also darauf, ob die possessio eine justa oder injusta, ob sie eine bonae oder malae fidei ist. — Wenn alle Gebäudeservituten sich in einer an dem Gebäude angebauten Anstalt verkörpern möchten — was, wie schon gesagt wurde, bei den negativen Dienstbarkeiten und bei der servitus cloacae, fumi immittendi und stillicidii recipiendii nicht der Fall ist — so würde die Theorie Savigny's einigen Haltpunkt haben, denn man könnte dann allenfalls fingiren, daß derjenige, welcher eine als integrirenden Theil des Hauses äußerlich sich darstellende Anstalt angreift, eine controversia possessionis erhebt und man könnte die Anstellung des Interd. Uti possidetis auf Grund dieser Fiction für zulässig halten, zumal da Labeo nach dem Fragm. 3 §. 5. Uti possid. denselben Gesichtspunkt festhält. Aber freilich würde dies nur in den Fällen möglich sein, wo die Anstalt bereits erbaut wurde, nicht auch in denjenigen, wo sie erst jure einer bereits erworbenen servitus projiciendi, protegendi etc. erbauet werden soll. Wenn Savigny auf das Interdictum de cloacis verweiset, so beruht, dies wie Vangerow richtig bemerkt, auf einem

Mißverständniß, „denn in jenen Worten wird nicht dem Servitutberechtigten das Interd. Uti possid. abgesprochen, sondern der Hauseigenthümer soll dieses Interd. nicht gegen denjenigen brauchen dürfen, welcher bei Reinigung oder Ausbesserung von Kloaken in seinen Besitz Eingriff macht."

Es braucht nicht erst besonders erwähnt zu werden, daß die hier versuchte Widerlegung der Savigny'schen Theorie auch die Ansicht Rudorff's mit trifft.

Ich gehe jetzt zu den Quellenzeugnissen über. — Daß die negativen Gebäudeservituten durch das Interd. Uti poss. nicht geschützt werden, geht aus dem Fragm. 5. §. 10. de O. N. N.

„si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi nuntiatio erit necessaria."

hervor, indem dort das Interd. Uti possidetis übergangen wird, was um so mehr unsere Ansicht unterstützt, da dasselbe in einem andern Theile derselben Stelle erwähnt wird. Was diejenigen Dienstbarkeiten anlangt, welche sich in einem bereits erbauten opus verkörpern, so wird in dem Fragm. 3. §. 5. — 7. Uti possid.

„Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an Interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum? — Et est apud Cassium relatum, utrique esse in utile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem. Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedcs tuas projectum habeo; interdicis mecum sic: uti locum possideamus, qui projecta tegetur: An quo facilius possim retinere possessionem ejus projectionis interdico tecum sic: Uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectio est? Sed si supra aedes, quas possideo, coenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto Uti possidetis me uti posse Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moraretur; semper enim superficiem solo cedere"

eines Streites zwischen Cassius und Labeo Erwähnung gethan, von denen der Erstere die Anstellung des Interd. Uti possidetis für unzulässig, der Letztere aber für zulässig hielt. Wessen Ansicht soll nun den Vorzug haben, die Ansicht des Cassius oder die Ansicht des Labeo? Rudorff meint, man müsse der Meinung Labeo's beitreten, indem dieselbe von Ulpian gebilligt werde. Ich glaube das Gegentheil, denn

a) Cassius führt für seine Meinung noch andere Autoritäten an;

b) seine Ansicht ist dem innern Werthe nach eine bessere.

Wenn Rudorff behauptet, daß Ulpian die Meinung Labeo's gebilligt hat, so ist dies wohl unrichtig; denn daraus, daß Ulpian die Labeo'sche Meinung zuletzt anführt, läßt sich keine sichere Schlußfolgerung machen, wessen Ansicht er für besser hält.

Der Sinn dieses Fragments ist folgender: „Wenn ein Nachbar in dem Lichtraum einer fremden Sache ein projectum errichtet, so kann nach Cassius weder er, noch derjenige, in dessen Luftraum das projectum hinüberragt, mit dem Interdictum Uti possidetis klagen, weil da alter solum, alter cum aedibus superficiem (gebaute Anstalt) possidet, die Fiktion der controversia possessionis unmöglich ist. Labeo dagegen ist der Meinung, daß Beide mit dem genannten Interdictum klagen können." Was denjenigen anbetrifft, über dessen solum das projectum hinüberhängt, so hat Labeo offenbar Recht, denn hier ist die Fiktion einer controversia possessionis möglich, indem sein Gegner dadurch, daß er in dessen Lichtraum bauet, einen Eingriff in den Besitz seiner Sache wirklich thut, da derjenige, welcher die Sache hat, auch mit ein Besitzer des Lichtraums über der Sache senkrecht hinauf ist. Mit anderen Worten: hier hat Labeo Recht, weil Cassius Unrecht hat, wenn er sagt: alter solum, alter cum aedibus superficiem possidet. Der Gegner besitzt

allerdings allein die superficies d. h. den gebauten Balkon, das projectum, aber dadurch, daß er sie besitzt, stört er den Besitz des Lichtraums eines Andern. — Was denjenigen, welcher die Servitut in Anspruch nimmt, anbetrifft, so kann derselbe aus dem Grunde, meint Labeo, mit dem Interdictum uti possidetis klagen, weil er interdiciren kann uti nunc possideo eas aedes, ex quibus projectio est, d. h., weil man davon ausgehen kann, daß, da der Balkon ein integrirender Theil des Hauses ist, durch die Hinderung des Nachbars, den Balkon zu haben, auch der Besitz des ganzen Gebäudes mitgestört wird, weil also die Fiktion der controversia possessionis möglich ist [80]). Was das supra aedes befindliche coenaculum anbetrifft, so versteht sich von selbst, daß das Interd. Uti possidetis nur von dem Eigenthümer des Hauses angestellt werden kann. Und darüber hat gewiß keine Controverse unter den Römischen Juristen stattgefunden.

Ob die übrigen affirmativen Dienstbarkeiten mit dem Interd. Uti possidetis geschützt werden, darüber wird in den Quellen nichts gesagt. Wenn man aber davon ausgeht, daß die Anstellung des genannten Interdikts gegen Besitzstörungen nur dann möglich ist, wenn die controversia possessionis fingirt werden kann, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dasselbe Interd. zu ihrem Schutze nicht angestellt werden kann. S. 274.

## Von den eigentlichen quasi possessorischen Interdicten.

Die meisten dieser Interdicte, welche den possessorischen Interdicten analogisch nachgebildet wurden, bezwecken den Schutz der Felddienstbarkeiten.

---

30) Wenn Rudorff sagt: Cassius betrachte das Interdict. Uti possid. von dem Gesichtspunkte einer controversia de possessione, Labeo

## Von den Interdicten, welche zum Schutze der Wegegerechtigkeiten dienen.

Hierher gehören zwei Interdicte,

a) das Interdictum de itinere actuque privato;

b) das Interdictum de itinere reficiendo.

Das Interd. de itinere actuque privato dient zum Schutze der drei Wegegerechtigkeiten: iter, via, actus, wenn deren Ausübung, oder was ganz einerlei ist, deren quasi possessio gestört wird.

Fragm. 1. de itin. 3. §. 11. eod.

Die Anstellung dieses Interdicts setzt zwei Bedingungen von Seiten des Klägers voraus:

a) daß er die Wegegerechtigkeit nec vi, nec clam, nec precario, und versteht sich von selbst, bona fide ausübt, da es, wie schon gesagt, keine malae fidei possessio der Servituten überhaupt giebt (S. 154.).

b) daß er dieselben in dem verflossenen Jahre, von der Klage an gerechnet, wenigstens an dreißig verschiedenen [31]) Tagen ausübt. —

Fragm. 1. §. 2. de itinere. [32])

Doch kann in dem Falle auch das vorhergehende Jahr der Berechnung zu Grunde gelegt werden, wenn der Klagende durch Gewalt oder andere Ursachen verhindert wurde, im letzten Jahre die Servitut auszuüben.

Fragm. 1. §. 9. de itin.

---

dagegen von dem Gesichtspunkte einer obligatio ex maleficio, und darauf gründe sich die Verschiedenheit ihrer Ansichten, so halte ich diese Behauptung für unbegründet.

31) Es versteht sich von selbst, daß die einzelnen Gebrauchstage nicht so weit von einander entfernt liegen müssen, daß der Besitz der Servitut als unterbrochen angesehen werden könnte. — Dies wird durch das Wort: „anno“ angezeigt, welches den dreißigtägigen Gebrauch innerhalb des Jahres, in welchem das Interdict angestellt wird, fordert.

32) Das Wort „vel“ bedeutet in diesem Fragment, wie Vangerow §. 355 richtig bemerkt, so viel wie wenigstens.

Althof, dem auch Bangerow und Hoffmann beistimmen, stellt in seiner Schrift: das Interdictum de tinere actuque privato. Rinteln, 1836. eine curiose Ansicht auf, indem er meint, daß die Worte: „triginta diebus“ nicht einen dreißigtägigen Gebrauch, sondern einen Zeitraum von dreißig Tagen, der zwischen dem ersten und letzten Gebrauche dazwischen liegt, bezeichnen. Es genüge daher, meint Althof, ein zweimaliger Gebrauch, wenn der erste Gebrauch z. B. am ersten Tage, der zweite am dreißigsten Tage des Monats geschah.

Wenn man nach dem Rechtsgrunde frägt, aus welchem wohl die Anstellung des genannten Interdicts an solche Bedingungen, wie sie Althof angiebt, geknüpft sein mochte, so kann darauf nur die Antwort gegeben werden, daß dies aus dem Gesichtspunkte der erlöschenden Verjährung geschehen wäre, d. h. aus Rücksicht auf den Eigenthümer, um ihm die gehörige Zeit zur Anstellung der actio negatoria, oder zur Ergreifung eines andern passenden Rechtsmittels zu lassen. — Wenn man dagegen die Anstellung des Interdicts an die Bedingung des 30tägigen Gebrauchs knüpft, und nach dem Rechtsgrunde frägt, so muß geantwortet werden, daß dies aus dem Gesichtspunkte der erwerbenden Verjährung geschehen ist. Nun frage ich jeden Unbefangenen, was ist wahrscheinlicher, dies, daß man bei der Feststellung der Bedingungen dieses Interdicts den Gesichtspunkt der erlöschenden, oder dies, daß man dabei den Gesichtspunkt der erwerbenden Verjährung festgehalten hat? Dies, daß der Feststellung der Bedingungen des Interdiks der Gesichtspunkt der erwerbenden Verjährung zu Grunde lag, wird durch den Umstand zu einer Gewißheit, daß das Interdict nach dem Zeitraume von 30 Tagen nicht allein gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen jeden dritten Besitzesstörer angestellt werden kann. Hätte es sich hier um den Verlust gehandelt, so würde durch den Ablauf von 30 Tagen nur der Eigenthümer das Recht, den Besitz der Servitut zu

stören, verlieren können, resp. so würde der Besitzer der servitus itineris nur die Besitzesstörungen des Eigenthümers durch das genannte Interdict abwenden können, da nur der Eigenthümer die Nachlässigkeit sich zu Schulden kommen ließ, daß er die Ausübung der Servitut, wiewohl er einen Monat Zeit hatte, sich nicht verbeten hatte.

Das Hauptargument Althof's ist auch sehr schwach. Er meint nämlich, daß es wohl selten vorkommen würde, daß Jemand die Wegegerechtigkeit an 30 Tagen im Jahre ausüben würde, und es daher unnatürlich erscheint, den Berechtigten zu zwingen, ganz überflüssige Besitzhandlungen vorzunehmen, blos um sich das Inierdictum zu sichern. Wenn Althof den Gebrauch einer Wegegerechtigkeit an 30 verschiedenen Tagen im Jahre einen seltenen und ungewöhnlichen nennt, so scheint mir dies eine willkürliche Behauptung zu sein.

Das Interdict kann gegen eine jede gewaltsame Besitzstörung angestellt werden.

Fragm. 3. §. 5. de itinere.

Gerichtet ist dies Interdict zunächst auf die Aufhebung der Besitzstörung:

Fragm. 1. de itin.

dann auch auf den vollen Schadensersatz:

Fragm. 3. §. 3. de itin.

Daß die accessio possessionis bei demselben zur Anwendung kommt, daß also die quasi possessio des Vorgängers dem Nachfolger angerechnet wird, wird ausdrücklich gesagt in dem Fragm. 6. de itin.

Wird das Interdict von demjenigen angestellt, welcher eine vitiosa possessio hat, so wird es ohne allen Erfolg angestellt, indem der Beklagte die exceptio vitiosae possessionis entgegenhalten kann.

Fragm. 8. de itinenre.

Ganz gleichgültig bleibt es hierbei, ob die Gewalt u. s. w. gegen den jetzigen Beklagten, oder gegen seinen Repräsentanten, oder gegen einen vorigen Besitzer ausgeübt

wurde; woraus folgt, daß mit der Veräußerung des Grundstücks auch die exceptio mit übertragen wird.

Fragm. 3. §. 2. de itin. [33])

Das zweite Interdict, welches sich auf die Wegegerechtigkeiten bezieht, ist das Interd. de itinere reficiendo. Der Zweck dieses Interdicts geht dahin, den Eigenthümer zu zwingen, daß er die Ausbesserung des Weges gestatte. Dies Interdict unterscheidet sich in dem Punkte von den übrigen quasi possessorischen Rechtsmitteln, daß der Kläger nicht allein einen nicht vitiosen Besitz während der dreißig Tage des letzten Jahres zu beweisen hat, sondern auch noch das jus reficiendi, welches durch den Beweis der wirklich zukommenden Wegegerechtigkeit geliefert wird.

Fragm. 3. §. 13. de itin. „Hoc autem (scil. interd. de itinere reficiendo) a superiore (scil. ab interd. de itinere actuque privato) distat quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt (scil. triginta diebus) hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est, et jus sibi esse reficiendi doceat, jus autem videtur esse ei, cui servitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum, et ei servitutem competere, ceterum si desit alterutrum deficit interdictum.“

Savigny stellt die Ansicht auf, daß das Interdict eine actio confessoria in der Form eines Interdicts sei, daß also von demselben, seitdem der ordo judiciorum aufgehört habe, gar nicht die Rede sein könne. Diese Meinung stützt Savigny auf daß Fragm. 2. §. 2. de interdictis, das so lautet:

„Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato (scil. reficiendo, denn es ist offenbar, daß der Jurist an dasselbe gedacht hat) nam proprietatis causam continet hoc interdictum.“

Mir scheint diese Behauptung unrichtig zu sein. Die

---

33) Das Wort „actor“ welches in diesem Fragment vorkommt bezeichnet denjenigen, welcher zur Gewährleistung verpflichtet ist.

Sache verhält sich so: Mit der actio confessoria kommt das Interdict in dem Punkte überein, daß bei demselben ebenso wie bei der actio confessoria das Recht der Servitut vorausgesetzt wird, und somit bewiesen werden muß. Aber auf der andern Seite unterscheidet sich das Interdict in drei Punkten von der actio confessoria, nämlich:

a) darin, daß dasselbe als eine Besitzesklage (Interdict) neben dem Servitutenrechte den Besitz der Servitut von mindestens 30 Tagen im laufenden Jahre voraussetzt, während die actio confessoria nur das Recht auf die Servitut voraussetzt;

b) darin, daß die Serv. durch das Interd. nur in einer besondern Beziehung, nämlich nur in Beziehung auf die refectio, durch die actio confessoria dagegen überhaupt geschützt wird;

c) dann unterscheidet sich das Interdict durch die Prozeßform von der actio confessoria.

Die Ansicht Savigny's muß demnach dahin modificirt werden, daß durch das Aufhören des ordo judiciorum nur der letztere Unterscheidungspunkt aufgehoben wurde, daß dagegen die beiden ersten Unterschiede vor und nach geblieben sind. —

An der Auffassung Savigny's ist noch das bedenklich, daß Savigny behauptet, daß das Recht auf die Servitut nicht allein Bedingung (Voraussetzung), sondern zugleich auch Gegenstand des genannten Interdicts ist. Die Worte Savigny's lauten wörtlich so: „Indessen ist hier das Recht der Servitut nicht blos Bedingung, sondern zugleich Gegenstand dieses Interdicts" u. s. w. — Ich finde in dieser Behauptung einen logischen Widerspruch. Ist die Servitut Bedingung zur Anstellung dieses Interdicts mit Erfolg, so kann sie nicht Gegenstand, Object desselben sein. Das Eine schließt das Andere nothwendig aus. Die Wahrheit ist die: Die Servitut ist die Voraussetzung des Interdicts nicht aber dessen Gegenstand, denn das Interdict geht nicht auf die Erlangung der Servitut, sondern es gehet auf die gerichtliche Abwendung jeder der refectio ilineris entgegen gestellten Störung.

Was das citirte Fragment betrifft, so ist dasselbe so zu paraphrasiren: Es giebt Interdicte, welche mittelbar auch auf die Geltendmachung des Rechts (rei persecutionem continent) gerichtet sind; dahin gehört das Interdictum de itinere actuque privato reficiendo, welches nicht allein die Beziehung auf den Besitz der Servitut, sondern auch die Beziehung auf das Recht der Servitut selbst enthält, (proprietatis causam continet). [34])

Wird das Interdict angestellt, so muß der Kläger die Ausbesserung des Weges bis zum Erlaß des richterlichen Urtheils unterlassen, außer, wenn er den Gegner durch eine entsprechende Caution sicher stellt, daß er den entstandenen Schaden im Falle eines ungünstigen Urtheils ersetzen werde. Fragm. 3. §. 11. eod.

Zur Sicherung der Ausübung der Wassergerechtigkeiten dienen folgende Interdicte: Das Interd. aquae quotidianae vel aestivae ducendae, das Interd. de rivis und zwei Interdicte, welche sich auf das jus aquae hauriendae beziehen. Das erst genannte Interdict setzt voraus

a) die possessio non vitiosa und bonae fidei possessio, da es keine malae fidei possessio der Servituten überhaupt giebt (S. 154.). Fragm. 1. §. 10. de aqua.

b) die Ausübung der Servitut in dem letzt verflossenen

---

34) Daß der Jurist in den Worten: „nam proprietatis causam continet hoc interdictum“ nur die Beziehung dieses Interdicts auf das Recht der Servitut hervorheben, nicht aber dasselbe aus jeder und aller Beziehung auf die quasi possessio ausschließen wollte, ist anzunehmen, wenn man demselben eine offenbare Absurdität nicht aufbürden will. Denn in dem Namen Interdictum, welches man sehr gut mit Besitzklage im Gegensatz zu allen andern Klagen, welche ein Recht voraussetzen, übersetzen kann, liegt schon eo ipso die Beziehung auf den Besitz. Daß übrigens der Jurist diese Beziehung ausdrücklich nicht erwähnt hat, dies erklärt sich daraus, daß sie etwas Allbekanntes ist. — Was den Sprachgebrauch anbetrifft, so drückt hier das Wort proprietas den Gegensatz von posessio, also den Gegensatz des Rechts von dem bloßen Factum des Besitzes aus. —

Jahre und in dem Fall, wo sie während der bloßen Sommer- oder Winterzeit gebraucht wird, die Ausübung derselben während der letzten anderthalb Jahre.

Fragm. 6. de aqua.

c) eine gewaltsame Störung der quasi possessio, wobei es gleichgültig ist, ob die Störung von dem Eigenthümer oder von einem Dritten ausgegangen ist.

Fragm. 1. §. 25. eod.

Wenn Mehrere dieselbe Wasserleitung beanspruchen, so gilt das von ihnen angestellte Interdict als duplex in dem Sinne des Worts, welcher im Anhange entwickelt wurde. S. 271.

Fragm. 1. §. 26. eod.

Der Grund hiervon liegt darin, daß es im Falle, wo man nicht weiß, wer der rechtmäßige possessor der Servitut, wer Kläger, wer Beklagter ist, kein anderes Auskunftsmittel giebt, als jedem beide Parteirollen zu gleicher Zeit anzuweisen.

Das Interdict ist gerichtet auf die ungestörte Ausübung der Servitut, dann aber auch auf den Schadenersatz, welcher durch die Störung des Besitzes entstanden ist. Es kann auch bei diesem Interdict die exceptio vitiosae possessionis vorgeschützt werden.

Fragm. §. 5. 10. eod.

Das Interd. de rivis geht auf die Ausbesserung der Wasserleitung. Dasselbe ist an die nämlichen Bedingungen geknüpft, wie das vorige Interdict. Es unterscheidet sich also darin von dem Interdictum de itinere reficiendo, daß es nur eine quasi possessio der Servitut, nicht aber das Recht der Servitut voraussetzt (possessionis causam continet, non proprietatis).

Fragm. 1. §. 9. de rivis.

Aber darin kommt dasselbe mit dem Interd. de itinere reficiendo überein, daß der Kläger vor dem Erlaß des Urtheils nur nach geleisteter Caution die Ausbesserung der Wasserleitung beginnen kann.

Fragm. 3. §. 9. de rivis.

Das jus aquae hauriendae wird durch zwei Interdicte geschützt. Das eine bezweckt die Aufhebung der Störung des Besitzes, das andere dient zum Schutz der Reinigung und Ausbesserung der Quelle, aus welcher das Wasser geschöpft wird. Zu der Anstellung derselben werden die nämlichen Bedingungen gefordert, wie zur Anstellung der übrigen Wassergerechtigkeitsinterdicte, also:

a) eine nicht vitiöse Ausübung der Servitut im letzteren Jahre.

b) eine gewaltsame Störung der quasi possessio. —

Was die Gebäudeservituten anbetrifft, so wird nur die servitus cloacae mit einem quasipossessorischen Interdicte geschützt, welches Interdictum de cloacis heißt. Dieses Interdict geht auf die Reinigung oder Ausbesserung des Kanals. Darin kommt es mit dem Interd. de itinere reficiendo und mit dem Interd. de rivis überein, daß der Kläger, im Falle er die Ausbesserung u. s. w. der Kloake bis zu dem erfolgtem Urtheil nicht aufschieben will, eine cautio damni infecti leisten muß.

Fragm. 1. §. 4. de cloacis.

Darin unterscheidet sich aber das genannte Interdict von allen andern, daß der Beklagte die gewöhnlichen Exceptionen nicht vorschützen kann.

Fragm. 1. §. 7. eod.“

Der Grund dieser Eigenthümlichkeit liegt darin, daß die polizeilichen Gesundheitsrücksichten es fordern, daß die Reinigung einer Kloake nicht aufgehalten werde. —

Aus der vorangegangenen Darstellung ersieht man, daß gerade diejenige Art der Felddienstbarkeiten, welche heutzutage von hoher Wichtigkeit ist, nämlich die Weidegerechtigkeiten, durch Interdicte possessorisch nicht geschützt wurden, woraus sich die Schlußforderung machen läßt, daß diese Dienstbarkeiten bei den Römern keine besondere Wichtigkeit hatten, und daß sie selten vorkamen. Die Praxis schützt aber die Weidegerechtigkeiten durch possessorische Klagen.

# Anhang.

## Ueber das Interdictum Uti possidetis.

Ueber den Zweck des genannten Interdicts sind bekanntlich sehr verschiedene Ansichten aufgestellt worden. Nach der Savigny'schen Theorie hatte dasselbe eine dreifache Bestimmung gehabt:

a) diente es zur Eintreibung des Ersatzes für den durch theilweise Störungen des Gegners entstandenen Schaden;

b) ging es auf Abwendung der befürchteten zukünftigen Störung.

Zu diesen zwei ursprünglichen Functionen, meint Savigny, kam später

c) als dritte Function die Regulirung der Parteirollen für den bevorstehenden Eigenthumsprozeß hinzu.

Diese Erweiterung beruhe auf der „unschuldigen" Fiction, daß bei dem Streite über den Besitz Thätlichkeiten zu befürchten seien, und so schließe sich die dritte Function des Interdicts an die zweite Function desselben eng an.

Keller[35]) glaubt, ohne den Uebergang von der einen Function zur andern näher anzugeben, daß das genannte Interdict

a) ursprünglich zur Regulirung der Parteirollen für den Eigenthumsstreit in petitorio gedient habe, und daß es später auch

---

35) Zeitschrift f. g. Rw. B. XI. No. 9.

b) zur Abwendung einer in der Zukunft drohenden Gefahr für den Besitz angestellt werden konnte.

Vangerow[36]) ist der Meinung, daß dasselbe nur zur Ermittelung gedient hat, wer in dem Eigenthumsprozesse die lästige Rolle des Klägers, wer die vortheilhafte Rolle des Beklagten übernehmen soll.

Meiner Ueberzeugung nach ist keine von den genannten Ansichten ganz richtig. Ich glaube, daß das Interdict folgende Functionen hatte:

a) ursprünglich war dasselbe zur Ermittelung des Besitzstandes, im Falle einer, bei Gelegenheit der Normirung der Beweislast für den bevorstehenden Eigenthumsprozeß, entstandenen controversia possessionis bestimmt[37]),

b) außerdem konnte es später, vermöge der Fiction, daß der Besitzstörer eine controversia possessionis erhebt, in den Fällen angestellt werden, wo der Besitz theilweise gestört wurde.

Soviel zur Orientirung über diese Streitfrage, die auch noch heutzutage sehr streitig ist. Möge mir erlaubt sein, mit der Hervorhebung mancher Bedenken, die in mir gegen die Ansicht Savigny's entstanden sind, zu beginnen. Wenn dieser große Rechtsgelehrte den Schadenersatz mit als den ursprünglichen Zweck dieses Interdicts betrachtet,

---

36) Pandekten §. 336.

37) Es kann gefragt werden, ob das genannte Interdict auch ohne alle Rücksicht auf den Eigenthumsprozeß angestellt werden konnte, mit andern Worten: ob eine Privatperson durch dessen Anstellung den Magistrat zur Regulirung des Besitzstandes auffordern konnte. Dies muß geläugnet werden, wiewohl zuzugeben ist, daß dies aus allgemeinen Gründen wohl denkbar wäre. Und zwar muß dies darum verneint werden, weil in den Quellen immer der Zweck, die Parteirollen zu reguliren, ausdrücklich hervorgehoben wird. Ueberdies standen dem Nichtbesitzer — denn der Natur der Sache nach kann nur ein Nichtbesitzer ein Interesse an der Regulirung des Besitzstandes haben — andere Rechtsmittel zu Gebote, nämlich das Interdictum recuperandae possessionis.

so hängt dies mit seiner Auffassungsweise der Interdicte überhaupt innig zusammen. Denn da Savigny von dem Gesichtspunkte ausgeht, daß den Interdicten eine obligatio ex maleficio zu Grunde liegt, so mußte er konsequenterweise die Richtung auf den Schadenersatz mit als den ursprünglichen Zweck des genannten Interdicts halten. Aber eben dieser Gesichtspunkt scheint mir kein richtiger zu sein. Denn da der Besitz ein reines Factum[38]) ist, so

---

38) Daß der Besitz ein factum ist, haben Savigny und Rudorff (Zeitschr. f. g. R. Bd. VII. No. 4.) so genügend dargethan, daß dies wohl von einem Unbefangenen nicht mehr in Zweifel gezogen werden kann. Fast noch überzeugender haben dies die Deductionen der Gegner Savigny's gezeigt, die zum Theil abgeschmackt genug ausgefallen sind, wie z. B. die bekannte Ansicht eines mit Recht berühmten Romanisten, wonach der Besitz ein Recht an der eignen Person sein soll.
— Ich erlaube mir zur Widerlegung der Ansicht der Gegner noch Einiges hinzuzufügen. Zum Erwerbe des Eigenthums wird dreierlei vorausgesetzt:

a) die Apprehension, einerlei, ob sie mit der Tradition verbunden ist oder nicht.
b) der animus dominii.
c) eine justa causa, d. h. ein objektiver, auf die Gesetze des Staats sich gründender Erwerbsgrund.

Zum Erwerbe des Besitzes wird zweierlei vorausgesetzt:

a) die Apprehension;
b) der animus dominii.

Beides in der nämlichen Art wie beim Eigenthum, — woraus sich ergiebt, daß der Eigenthümer zu gleicher Zeit ein Besitzer ist.
— Man sieht hieraus, daß der Besitz sich vom Eigenthum durch den Mangel eines objectiven Erwerbsgrundes unterscheidet. Somit kann der Besitz kein Recht sein, denn ein Recht ohne eine objective justa causa ist ein juristisches Unding. — Dies, daß der Besitz kein Recht ist, zeigt sich auch daraus, daß neben dem Besitz das Eigenthum ungeschmälert fortbesteht. Wäre der Besitz ein Recht, so würde das Eigenthum einer Person entweder aufhören müssen, oder es würde ein Miteigenthum entstehen, oder endlich würde die Eigenthumsfreiheit beschränkt werden müssen, indem ein Recht nothwendig ein anderes ihm gegenüberstehendes Recht in irgend einer Weise afficiren muß. —
Was den Umstand anbetrifft, daß in den Quellen von den jura

können unmöglich die Besitzklagen — und dies sind eben die Interdikte — sich auf eine Delictsobligation gründen, da eine obligatio ex delicto zweierlei voraussetzt:

a) eine in unrechtlicher Form vorgenommene Handlung — die freilich der Anstellung eines Interdicts vorangeht;

b) die Verletzung eines wirklichen materiellen Rechts, welche durch die Störung des Besitzes, als eines reinen Factums, nicht geschieht.

Neben den eigentlichen Delictsobligationen giebt es freilich im römischen Rechte obligationes quasi ex delicto. Dies sind solche, welche sich auf eine Rechtsverletzung gründen, die aus an sich nicht unrechtmäßigen Handlungen entstanden ist. Aber die Existenz von solchen Delictsobligationen, welche aus Handlungen, die in einer unrechtmäßigen Form vorgenommen wurden, entstehen sollten, glaube ich bezweifeln zu müssen. Dem Interdictenschutze liegt wohl folgender Gedanke zu Grunde: der Besitz kann, da er kein Recht ist, gestört werden, vorausgesetzt, daß die Störung in einer an sich unrechtmäßigen Form nicht geschieht; aber eine der Form nach unrechtliche Störung sei darum unzuläßig, weil es dem Prinzip der aequitas entgegen ist, einem Solchen, der eine besonders dolose Gesinnung manifestirte, den Besitz behalten oder ihn dessen theilweisen Störungen gegenüber ohne Schutz zu lassen[39]).

---

possessionis geredet wird, so bezieht sich dies nur auf die rechtlichen Wirkungen, welche an den Besitz geknüpft werden, nicht aber auf den Begriff des Besitzes an und für sich. Im Besitze sind überhaupt zwei Seiten wesentlich von einander zu scheiden:

a) der Besitz an und für sich, d. h. der Besitz dem reinen Begriffe nach, — nach dieser Seite hin ist der Besitz ein reines factum;

b) die an den Besitz geknüpften rechtlichen Folgen, — nach dieser Seite hin ist der Besitz rechtlicher Natur. —

[39]) Rudorff hat in der cit. Abhandlung über den rechtlichen Grund des Interdictenschutzes folgende Ansicht aufgestellt: die Interdicte, meint er, gehören unter die ersten Anfänge des Verbots der Selbsthülfe,

Uebrigens läßt sich auch noch auf eine andere Weise erweisen, daß die Interdicte principaliter auf Schadenersatz nicht gerichtet werden können. Da nämlich der Besitz ein Factum ist, so folgt von selbst, daß die Besitzklagen principaliter nur auf die Erhaltung desselben oder auf die Herstellung des früheren status quo des Besitzes, wenn derselbe verloren wurde, gerichtet werden können. Wenn daher — was nicht zu leugnen ist — die Interdicta recuperandae possessionis auch auf den Schadenersatz gehen, so geschieht dies nur nebenbei, nur incidenter. Die recuperatio possessionis bleibt immer die Hauptsache; der Schadenersatz kommt hier in derselben Art zur Sprache, wie die Entschädigung für die gezogenen Früchte und die impensae bei der rei vindicatio.

Ob aber nicht auch bei dem Interdictum Uti possidetis, ebenso wie bei den Interdictis recuperandae possessionis neben der Abwendung der Störung auch noch der Schadenersatz incidenter berücksichtigt wurde, kann gefragt werden? Aber auch das ist, glaube ich, zu verneinen, indem gegen diese Annahme die Quellenzeugnisse deutlich genug sprechen. So heißt es in einem Fragmente:

---

welche später durch die Leges Juliae und die Constitutiones Principum fortgebildet und verstärkt wurden. Denselben liege also der Friedensbruch, die Störung der öffentlichen Ordnung zu Grunde. Diese Ansicht ist aber auf eine überzeugende Weise von Savigny widerlegt. Ich erlaube mir meinerseits noch ein Argument gegen dieselbe hinzuzufügen. Ich halte sie für widersprechend dem Geiste des Römischen Rechts. Denn wenn die Römer ihrer nationalen Anschauungsweise gemäß sogar den Diebstahl als ein blos privatrechtliches Delict betrachteten, so läßt sich gar nicht denken, daß sie bei der Störung des Besitzes, also eines bloßen Factums nicht die privatrechtliche, sondern die publizistische Seite — um mich des Savignyschen Ausdrucks zu bedienen — hätten hervorheben sollen. Außerdem haben auch andere Rechtsgelehrte den Interdictenschutz zu begründen sich bestrebt, aber, wie dies Savigny und Rudorff klar dargethan haben, ohne einen glücklichen Erfolg.

„hoc interdictum restitutorium proponitur, superius enim prohibitorium est et *pertinet ad ea, quae nondum facta sunt.*“

So wird in dem Fragm. I. §. 40. de vi:

„ex die, quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur, *quamvis in ceteris interdictis, ex quo edita sunt, non retro computatur;*“

gesagt, daß die Früchte ausnahmsweise nur bei dem Interd. unde vi von der Zeit der Dejection an gerechnet werden, während dies bei den übrigen Interdicten von der Zeit des Interdictum redditum an geschieht. Cf. Fragm. 3. de interd.

„In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro.“

sowie Fragm. 2. §. 17: ne quid in loco publ. Fragm. 12 et 28. Com. div. Fragm. 12. de usu et usufr. —

Zur Unterstützung der Ansicht, daß das Interdictum uti possidetis auf Schadenersatz gerichtet ist, beruft man sich:

a) auf das Fragm. 1. Uti possid.

„neque pluris quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiendi potestas fuerit, agere permittam.“

b) auf die Verjährung, indem man davon ausgeht, daß dieselbe nur bei dieser Annahme einen Sinn hat.

Was den ersten Punkt anbetrifft, so ist dieser nicht geeignet, die Ansicht der Gegner zu unterstützen; denn die citirten Worte beziehen sich offenbar, wie Rudorff S. 359. cit. richtig bemerkt, auf das Judicium Secutorium, welches auf Restitution der Sache in den Fällen ging, in welchen der Meistbietende bei der fructus licitatio besiegt wurde[40]).

---

40) Ueber deren Aufnahme ins corpus juris spricht sich Rudorff folgendermaßen aus: „Man sieht, es ist die Cascellische Restitutionsklage mit veränderten Bedingungen. Diese sind von dem Interdict und Sponsionen entlehnt, die ursprünglichen Voraussetzungen des judicium

Was den zweiten Umstand anlangt, so ist auch dieser von keiner Erheblichkeit, denn man kann die Richtung des Interdicts auf den Schadenersatz leugnen, ohne daß dadurch die Verjährung sinnlos wird. Derselben liegt freilich nicht der Gedanke zu Grunde: wenn Ihr innerhalb einer Jahresfrist nicht klagt, so wird Euch nicht geholfen, so wird die theilweise Besitzstörung durch den Prätor nicht abgewendet, denn das wäre eine offenbare Absurdität, da die Besitzstörung, welche vor einem Jahre geschah, factisch nicht abgewendet zu werden braucht; sondern es liegt ihr der Gedanke zu Grunde: wenn Ihr zeitig geklagt hättet, so würdet Ihr im Falle, wenn der Beklagte sein Unrecht vor dem Magistrat zugestanden hätte, den Vortheil gehabt haben, daß der Störer vermöge der cautio de non amplius turbando für die zweite Störung Euch Strafe gezahlt hätte, und im Falle, wenn ein wirkliches Judicium eingeleitet wurde, würdet Ihr den Vortheil gehabt haben, daß Ihr als Sieger eine fünffache Leistung von dem condemnirten Beklagten erhalten hättet, so aber geht Ihr aller dieser Vortheile verlustig [41]).

---

Secutorium, Sieg in den Sponsionen, Unterliegen in der Fruchtlicitation, sind gestrichen. Dagegen rühren die Wirkungen von der Cassellischen Klage her, alles Pönale, der ganze ursprüngliche Ordo und exitus des Interdicts, die Versteigerung, die Sponsionen und Restipulationen etc. fällt aus. Diese Behandlung ist ganz im Geiste der Compilatoren, insbesondere bei den Interdicten, nur der Ausdruck ist besonders ungeschickt, wenn nicht der Schein entstehen sollte, daß man nach Jahresfrist noch auf die ehemalige fünffache Leistung klagen könne, so mußte neque pluris quam quanti res erit, neque post annum geschrieben werden."

41) Keller erklärt in der Zeitschrift XI. S. 308 die Verjährung bei den Interdicten auf eine unnatürliche Weise. Er sagt: „Wenn der Prätor auf Verlangen eines Theils oder beider Theile das Interdict erläßt, so steht nun der Prozeß so lange still, bis der Eine etwas thut, was in den Augen des Andern eine Verletzung des Interdicts ist. Klagt dieser jetzt, so ordnet der Prätor die bekannten Sponsionen und Restipulationen an, er verfaßt die formulae, mit andern Worten, er

So viel zur Begründung der Ansicht, daß der Schadenersatz bei dem Interd. uti possidetis weder principaliter noch incidenter zur Sprache kommt. Ich wende mich nun zu der Kritik der Ansicht, wonach dasselbe gegen zukünftige Störungen schützen soll. Diese Ansicht scheint mir aus folgenden Gründen unrichtig zu sein:

a) weil in den Worten des Edicts nicht im entferntesten darauf hingewiesen wird;

b) weil man nicht allein vergebens nach einer Analogie für eine solche Function sucht, sondern weil sogar alle Analogie dagegen spricht; denn zu dem Zwecke dienten bekanntlich ganz andere Rechtsmittel im römischen Recht, so die cautio damni infecti, die operis novi nuntiatio etc. [42]).

---

ordnet das Judicium an. Aber er thut dies nur, wenn innerhalb eines Jahres vom Tage der angeblichen Störungen an geklagt wird." — Diese Ansicht ist gegründet, daß der Prätor nur dann ein wirkliches Judicium einleitet, wenn innerhalb eines Jahres von der Zeit des Interdictum redditum an von einer der Parteien irgend Etwas gethan wurde, was dem Andern gegen das Gebot des Interdicts zu sein schien, ist auf einer falschen Voraussetzung gegründet und sie fällt mit der Voraussetzung von selbst weg. Das wahre Sachverhältniß ist wohl dieses: Der Prätor leitet das Judicium durch das Sponsionsverfahren dann ein, wenn der Beklagte sein Unrecht unmittelbar vor ihm nicht eingesteht, während er im entgegengesetzten Falle die Sache selbst in Form eines Gebots entscheidet, dem er eine cautio de non amplius turbando hinzufügte. Wie sehr unnatürlich die Deduction Kellers ist, zeigt sich am deutlichsten aus folgender Betrachtung: Der Zweck des Interdictum Uti possidetis ist der, gegen gegenwärtige theilweise Besitzstörungen zu schützen, ja nach Keller soll dasselbe sogar gegen alle in der Zukunft drohende Störungen des Besitzes Schutz gewähren. Wie wäre es nun, da die Sachen so stehen, denkbar, daß der Prätor die volle Wirksamkeit des Interdicts, welche in einer Condemnation in eine fünffache Leistung besteht, von der, innerhalb eines Jahres von der Zeit des Interdictum redditum an eintretenden Störung abhängig machen sollte, da ja der eigentliche Zweck des Interdicts gerade die Abwendung von Besitzstörungen ist?

42) Uebrigens läugne ich nicht, daß bei Gelegenheit der Anstellung dieses Interdicts der gestörte Besitzer gegen zukünftige Störungen eines unruhigen Gegners gesichert werden konnte. Die Sache ist nämlich die:

Man könnte sehr bedenklich finden, daß Savigny trotz dieser Bedenken seine Ansicht aufgestellt hat, wenn sie nicht in einem inneren Zusammenhange mit seiner ganzen Auffassungsweise der Interdicte stände. So aber kann man sich deren Entstehung leicht erklären. Sie ist vom Savigny'schen Gesichtspunkte aus eine nothwendige. Denn da Savigny davon ausgeht, daß der Schadenersatz die ursprüngliche Function des Interdicts war — was er, da er sich die Interdicte als Klagen ex maleficio denkt, thun mußte — und da er — wie es freilich, wenn man einmal von dieser Voraussetzung ausgeht, anders nicht möglich ist — die Anwendung desselben zur Ermittelung der Parteirollen aus der Fiction einer in der Zukunft drohenden Gefahr für den Besitz ableitet, so war es etwas ganz Natürliches und sich am Ende von selbst Verstehendes, eine wirklich drohende Gefahr mit Hülfe des Interdicts abwenden zu lassen.

Nun wende ich mich zu dem positiven Theile meiner

---

Wenn der unruhige Störer vor dem Prätor sein Unrecht eingestand, so wurde der Prozeß von dem Prätor selbst zu Ende gebracht, indem der Prätor dem Störer gebot, den fremden Besitz nicht mehr zu stören, und ihn zwang, eine cautio de non amplius turbando zu bestellen. Aber diese Sicherung vor zukünftigen Störungen gründet sich auf die post Interdictum redditum bestellte Caution. Daß die Caution in denjenigen Fällen, wo der Beklagte sein Unrecht nicht eingestand, sondern, indem er im Recht zu sein behauptete, um Ermittelung des Besitzstandes bat, nicht eingegangen wurde, folgt aus der Natur der Sache selbst. Denn in diesem Falle ist sie

a) theils factisch unmöglich, indem der Besitzstand nicht von dem Magistrat, sondern von dem Judex entschieden wurde, welcher die Caution aufzulegen nicht die Macht hatte, es müßte denn sein, daß die Parteien den Prätor wegen der Caution allein angehen möchten.

b) theils wäre sie widersinnig, nämlich in den Fällen, wo der Beklagte gesiegt hatte;

c) theils war sie wohl überflüssig, indem der besiegte Besitzstörer schon hart genug bestraft wurde. Cf. Rudorff in der Zeitschrift XI. S. 357., der aber nur den letzteren Grund hervorhebt. —

Untersuchung. Zunächst ist die Ansicht näher zu begründen, daß das Interdictum Uti possidetis ursprünglich zum Behuf der Regulirung der Parteirollen für den bevorstehenden Eigenthumsprozeß erlassen wurde. Diese Ansicht wird unterstützt:

a) durch ausdrückliche Quellenzeugnisse:

Fragm. 1. §. 2. Uti possid. „Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. Fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit, fieri potest, ut et possessor idem et dominus.“

§. 3. eod. „Inter litigatores ergo est proprietatis controversia, aut convenit uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere; ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc Interdictum remittetur.“

Instit. Gaji IV. §. 148. „Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, quum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, *cujus rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi.*“

§. 4. I. d. Interd. Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta *uti possidetis et utrubi*“: cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit etc.

Cf. et Theophilum ad h. l.

b) dann wird sie durch die mit dessen Duplicität in inniger Verbindung stehende Prozeßordnung bekräftigt, wonach der Besitz der Sache dem Meistbietenden zugespro-

chen wird, was vernünftigerweise nur in dem Falle geschehen kann, wo man eben nicht weiß, wer die Sache besitzt.

c) endlich spricht für diese Ansicht der Umstand, daß nur von dieser aus der Charakter der Duplicität des genannten Interdicts in ihrer vollen Realität befriedigend erklärt werden kann [43]), wonach Jeder als Kläger und als Beklagter zugleich gilt, wonach also

α) Jeder als Kläger den vollen Beweis liefern muß, daß er den juristischen Besitz der Sache entweder noch gegenwärtig hat, oder daß derselbe ihm auf eine vitiose Weise von dem Gegner entzogen wurde;

β) Jeder als Beklagter condemnirt werden konnte;

γ) und Beide, falls Keiner den vollen Beweis zu liefern im Stande war, condemnirt wurden, indem von einem bloßen Abweisen der Klage aus einem dreifachen Grunde die Rede nicht sein konnte:

weil man nicht wußte, wer Kläger ist, also wen man abweisen sollte;

dann wäre dadurch der Zweck, den man durch die Anstellung des Interdicts bezweckt, nicht erreicht;

weil der Prozeß, da er einmal durch das Sponsionsverfahren eingeleitet war, zu Ende gebracht werden mußte.

Savigny erklärt die Duplicität in seinem klassischen Werke über den Besitz auf eine andere Art, was er konsequenterweise von seinem Gesichtspunkte aus thun mußte, was aber eben darum gegen seine Auffassung der Interdicte spricht. Dieser Rechtsgelehrte meint,

---

43) Die Sache ist nämlich die: Da man nicht wußte, wer wirklich besitzt, indem ein Jeder den Besitz der Sache zu haben vorgab, so blieb, um Keinem ein Unrecht zu erweisen und um nicht nach bloßer Magistratswillkür zu entscheiden, nichts Anderes übrig, als einen Jeden der Licitanten als Besitzer und Nichtbesitzer zu gleicher Zeit zu betrachten, oder mit andern Worten, Beiden die Rolle des Klägers und des Beklagten zu gleicher Zeit zuzutheilen und alle daraus sich ergebenden Consequenzen anzuerkennen. —

daß das genannte Interdict nur in Hinsicht auf das Beklagtenverhältniß [44]) ein duplex ist, nicht auch in Hinsicht

---

44) Den Umstand, daß Jeder als Beklagter gilt und somit Jeder condemnirt werden kann, erklärt Savigny auf eine eigenthümliche Weise, die mir — so sehr scharfsinnig sie auch sein mag — gezwungen zu sein scheint. Savigny meint nämlich: „Dies, daß Jeder condemnirt werden kann, lasse sich auf zweierlei Art denken, theils so, daß nicht der Kläger, sondern der Beklagte in der That den Besitz hat, und hier kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte, der doch als Kläger hätte auftreten können, auf dieselbe Weise, als wenn er wirklich geklagt hätte, den Prozeß gewinnen muß; theils läßt es sich so denken, daß der Kläger zwar den Besitz hat, aber durch Exception des Beklagten den Prozeß verlieren muß. In diesem Falle hätte der jetzige Beklagte als Kläger nicht auftreten können, dennoch werde ihm jetzt der Besitz zugesprochen und diese scheinbare Inconsequenz lasse sich leicht rechtfertigen. Soll nämlich der Kläger abgewiesen werden, so muß der Richter entweder gar nicht über den Besitz entscheiden, oder den Beklagten zum Besitzer machen; durch das Erstere würde aber Jedem erlaubt sein, dem Andern nach Belieben Gewalt anzuthun. Da nun dies das Resultat eines Richterspruchs nicht sein kann, so bleibt das Zweite übrig, d. h. der Beklagte muß in den Besitz gesetzt werden, wiewohl er als Kläger mit dem Interdict nicht hätte siegen können." —

Ich verweise zunächst darauf, was Keller Zeitschr. XI. in seiner scharfen Weise dagegen gesagt hat und füge meinerseits noch folgende Betrachtung hinzu: Man begreift nicht, daß der Umstand allein die Condemnation einer bestimmten Person, die als Kläger auftritt, zur Folge haben konnte, daß der Klagantrag von dem Gegner derselben, also von dem jetzigen Beklagten hätte erhoben werden können, daß also der jetzige Beklagte möglicherweise auch als Kläger hätte auftreten können. — Was den zweiten Theil der Deduction anbelangt, so glaube ich, daß Savigny hier einen solchen concreten Fall voraussetzt, wie er in der Wirklichkeit nicht vorkommen kann. Denn in dem Falle, wo *A* besitzt, wird *B*, dem *A* den Besitz auf eine vitiose Weise entzogen hat, gewiß nicht den Besitz des *A* theilweise stören, und ihn dadurch zu Anstellung eines Interdictum retinendae possessionis indirect zwingen, um ihm dann eine exceptio vitiosae possessionis vorzuschützen, sondern er wird sicherlich, wenn er geschеidt ist, ein Interdictum recuperandae possessionis anstellen, das für ihn im Falle des Sieges vortheilhafter, und im Falle des Unterliegens weniger nachtheilig ist. Und dann ist mir unklar, wie *B* in dem vorausgesetzten concreten Falle durch die Vorschützung einer exceptio die Condemna-

auf den Kläger, indem derjenige hier nach Analogie der drei actiones duplices als Kläger betrachtet wird, welcher zuerst den Klagantrag erhob. Diese Ansicht ist vielfach angegriffen worden, und ich glaube, nicht mit Unrecht, denn sie steht

a) im Widerspruch mit Quellenzeugnissen:

Gajus IV. §. 157 — 160. „Simplicia interdicta sunt, in quibus alter actor, alter reus est. — Duplicia interd. sunt Uti possidetis et Utrubi, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, *nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partem sustinet,* quippe Praetor pari sermone cum utroque loquitur.“

§. 7. de Interd. „ — Duplicia sunt veluti, *uti possidetis,* et *utrubi.* Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur: sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet.“

Fragm. 3. §. 1. Uti possid.. „Hoc interdictum duplex est: et hi, quibus competit; et actores et rei sunt.“

Fragm. 37. §. 1. de O. et A. „Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est: utputa — Uti possidetis, Utrubi.“

---

von des *A* hätte herbeiführen können. Savigny meint, der Kläger *A* muß in dem genannten Falle condemnirt werden, weil er nicht einfach mit der Klage abgewiesen werden kann, indem sonst einem Jeden erlaubt sein würde, dem Andern Gewalt anzuthun. Ich glaube, daß der Grund kein passender ist. Denn es würde in dem vorgenannten Falle durch die einfache Abweisung des Klägers nicht einem Jeden erlaubt werden, den Besitz ungestraft theilweise zu stören, sondern nur demjenigen, welcher den Besitz vi, clam, oder precario verlor, da offenbar die Exception, von der Savigny oben sprach, nur eine exceptio vitiosae possessionis sein kann. Ueberdies wäre es ein zu gewaltsames Mittel, wenn man dem Gegner des Klägers die possessio zuerkennen sollte, um zu hindern, daß nicht ein Anderer, oder vielleicht auch Er selbst den Besitz stört.

b) dann läßt sie sich wohl auch aus allgemeinen Gründen bekämpfen. Ich denke mir die Sache so: Wenn beide Litiganten als Beklagte gelten, so müssen Beide eo ipso mit einer unabweisbaren logischen Nothwendigkeit auch als Kläger gelten. Und umgekehrt, gilt nur Einer als Kläger, so muß auch nur Einer als Beklagter gelten. Das Eine folgt logisch aus dem Andern.

Es entsteht jetzt die Frage: auf welche Weise wohl die Uebertragung dieses Interdicts zum Schutze des Besitzes geschah? Der Uebergang dazu lag sehr nahe. Man brauchte nichts weiter, als anzunehmen, daß derjenige, welcher den Besitz verletzt hat, denselben bestreitet. Diese Fiction liegt offenbar viel näher, wie die Savigny'sche Fiction, daß Thätlichkeiten zu befürchten seien und sie wird auch in den Fragmenten des römischen Rechts ausdrücklich hervorgehoben.

Fragm. 3. §. 2. Uti possid. „Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur. *Etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti meo jure.*“

Fragm. 3. §. 4. eod. „ — nam si tibi vim fecerit, quominus eas vites vel praecedas, vel transducas, vim tibi facere videtur *quominus possideas*“ etc.

Frag. 52. §. 1. de poss. „Eum qui aedificare prohibeatur, *possidere quoque prohiberi* manifestum est.“ cf. et Fragm. 3. §. 3. eod. —

Die Annahme, daß die Erweiterung der Functionen des genannten Interdicts durch die genannte Fiction geschah, rechtfertigt sich auch noch durch den Umstand, daß man sonst die bei demselben vorkommende fructus licitatio nicht erklären könnte. Denn dieselbe kann nur da einen Sinn haben, wo die controversia de possessione wirklich entsteht, oder wo man die Entstehung derselben fingirt. Freilich ist die fructus licitatio in dem zweiten Falle nicht eben so nothwendig, wie in dem ersten; freilich läßt sich in dem zweiten Falle ein anderes Prozeßverfahren denken, wie in

dem ersten. Aber da dies nicht geschah, da man, nach allen auf uns gekommenen Quellenzeugnissen die unnütze und beschwerliche Procedur der fructus licitatio beibehielt, so kann dieselbe wohl auch als Argument für unsere Behauptung dienen [45]).

---

45) Ich will gelegentlich die Frage näher untersuchen, gegen welche Störungen dies Interdict angestellt werden kann. Wie mir scheint, so gehen Einige in ihrer Behauptung zu weit, indem sie der Meinung sind, daß dasselbe gegen quemcunque turbantem angestellt werden kann. Andere schränken dagegen den Gebrauch des Interdicts in zu enge Grenzen ein, indem sie, wie z. B. Wiederhold, die Anstellung desselben nur in den Fällen für zulässig halten, wo der Besitz in der Absicht gestört wird, um sich das Eigenthum der Sache anzueignen. Meiner Meinung nach ist wohl folgender Unterschied zu machen: Wird der Besitz in der Absicht gestört, um sich ein bestimmtes Recht, möge es auch eine Servitut sein, an der fremden Sache widerrechtlich anzueignen, so halte ich die Anstellung des Interdicts für zuläßig. Wird dagegen der Besitz in der Absicht gestört, um die Person des Besitzenden durch das Mittel der Besitzstörung zu kränken, so muß von dem Gestörten die actio injuriarum angestellt werden. Cf. Cicero pro Caecina C. in fine: — „actio enim injuriarum *non jus possessionis assequitur*, (und zwar aus dem Grunde nicht, weil sie in dem Falle, wo ein Anderer sich ein bestimmtes Recht an unserer Sache widerrechtlich aneignet, nicht angestellt wird) *sed dolorem imminutae libertatis*“ *etc.* Wenn Albert behauptet, daß das Interdictum Uti possidetis gegen den Dieb angestellt werden kann, so ist dies aus einem doppelten Grunde unrichtig:

a) weil das Interdictum eine vis voraussetzt, wenn auch nicht eine vis atrox, der Dieb aber die Sache clam aufert.

b) weil die res subrepta sich nicht mehr im Besitze des Bestohlenen befindet, das Interdict aber nur von dem Besitzer angestellt werden kann, da es ein Interdictum retinendae possessionis ist.

Wenn ein berühmter Romanist die Anstellung des Interdicts in dem Falle für möglich hält, „wo Spekulanten in das Haus eindringen, Thüren aufreißen,“ u. s. w., so ist dies darum unrichtig, weil die genannte Störung offenbar nicht in der Absicht geschieht, sich ein bestimmtes Recht anzueignen, sondern in der Absicht, die Person des Besitzers zu kränken. —

Zu allerletzt will ich die Frage beantworten, ob das Interdictum Uti possidetis auch von dem Nichtbesitzer angestellt werden kann. Sehr oft wird diese Frage bejaht, aber gewiß mit Unrecht. Denn dagegen spricht:

a) der Name des Interdicts selbst. Wie wäre es denkbar, daß ein Interd. retinendae possessionis auf Recuperation des Besitzes gerichtet sein sollte.

b) dann widerlegt sich diese Behauptung durch das Fragment 1. §. 4. Uti possid.:

„Est igitur hoc interd. quod vulgo Uti possid. appellatur, retinendae possessionis, nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, *qui possidet.* Et consequenter proponitur post Interd. Unde vi; illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc Interd. tuetur, *ne amittatur possessio*“ *etc.* —

c) spricht der Umstand dagegen, daß sonst das Interdictum Uti possidetis mit dem Interdictum Unde vi concurriren würde, was undenkbar ist, da

α) beide von einander wesentlich verschieden sind;

β) entweder das Interdictum Unde vi, oder das Interdictum Uti possidetis zu diesem Behufe überflüssig wäre, je nachdem man sich das Eine oder das Andere als früher entstanden denkt [46]).

Vangerow, welcher der Ansicht beitritt, daß dieses Interdict auch von dem Nichtbesitzer angestellt werden kann, argumentirt folgendermaßen:

„Die Möglichkeit, daß auch ein Nichtbesitzer ein Interd.

---

46) Merkwürdig, daß die Gegner nur den letzten Einwand — freilich, wie mir scheint, ohne Erfolg — zu widerlegen suchen. Daraus könnte man schließen, daß ihnen entgangen wäre, daß noch der Umstand gegen ihre Annahme spricht, daß das Interdictum Unde vi von dem Interdictum Uti possidetis innerlich verschieden ist. Daß aber beide Interdicte verschiedener Natur sind, zeigt sich unter Anderm daraus, daß das Eine, nämlich das Interdictum Unde vi eine vis atrox voraussetzt, während zur Anstellung des andern jede vis hinreicht.

retinendae possessionis mit Erfolg anstellen kann, erkläre sich am einfachsten durch den formellen Unterschied, der zwischen diesem und dem Interd. Unde vi stattfindet. Während nämlich bei dem letzteren der Kläger stets die Restitution des ihm gewaltsam entrissenen fundus, und vollen Schadenersatz verlangt, und diese seine Ansprüche auf die gewaltsame Dejection von Seiten des Gegners gründet, ist umgekehrt bei dem Interd. retinendae possessionis die Intention der Parteien stets nur die: ego (juste) possideo, und der Judex entscheidet principaliter immer nur: Titius (juste) possidet. In dieser Intention war aber nach der unter den früheren Juristen sehr verbreiteten Ansicht, daß man, wenn ein Anderer von uns Besitz vi, clam oder precario erworben habe, diesem injustus possessor gegenüber doch noch immer besitze als justus possessor, schon von selbst der Fall enthalten, daß der Gegner auf vitiose Weise den Besitz von uns erlangt habe, und hieran konnte sich materiell auch nichts ändern, nachdem die spätern römischen Juristen eine possessio plurium in solidum nicht mehr anerkannten. Die rein formelle Veränderung mochte seitdem allerdings eintreten, daß das „adversarius vi a me possidet“, welches früher schon implicite in der Intentio „ego juste possideo“ enthalten war, jetzt als exceptio oder replicatio aufgefaßt werden mußte.“

Gegen diese Deduction lassen sich manche Bedenken erheben:

a) Zunächst dieses, daß die Fiction der Fortdauer des Besitzes einem injustus possessor gegenüber keine so allgemein anerkannte war, daß dieselbe bei den Interdicten von Bedeutung sein könnte. Wäre sie das, so würden die Interdicta recuperandae possessionis gar nicht haben entstehen können;

b) widerlegt sich die Meinung Vangerow's dadurch, daß es unwahrscheinlich ist, daß die Römer die Wahl eines Interdictum Unde vi und eines Interd. recuperandae

possessionis lediglich dem Willen des Klagenden hätten anheimstellen sollen, ob er von der genannten Fiction Gebrauch machen wolle oder nicht. Dies ist darum unwahrscheinlich, weil sonst die Anstellung der Klagen an feste Thatsachen geknüpft wird;

c) und wäre das der Fall, wie käme es, daß nur derjenige, welcher den Besitz durch Dejection verloren hatte, als possessor fingirt wurde, nicht auch derjenige, welcher clam den Besitz verlor, oder welcher denselben einem Andern, der ihn widerrechtlich vorenthält, precario überlassen hat?

d) daß bei dem Interdictum ein vom Besitze dejectus als possessor nicht fingirt wurde — diese Behauptung bildet das Hauptargument Vangerow's —, ergiebt sich außerdem daraus, daß man sich dieser Fiction bei der Usucapion nicht bediente, wo man sie doch am ehesten erwarten konnte. Denn hier hatte sie doch wenigstens einen Sinn, nämlich den: die Usucapion durch die Anrechnung der Zeit, welche zwischen der Dejection und dem Wiedererwerbe des Besitzes liegt, schneller möglich zu machen. Bei den Interdicten wäre sie aber geradezu sinnlos gewesen, indem die Fiction der possessio für den Kläger nur nachtheilig ist und zwar

*a*) wegen der beschwerlicheren Procedur;

*b*) wegen der größeren Gefahr im Falle der Condemnation;

*c*) wegen des kleineren Vortheils im Falle des Sieges.

Da nun nur Eins von Beiden eintreten kann, daß man entweder siegt oder condemnirt wird, so würde der Kläger jedenfalls seinen Vortheil sehr schlecht verstehen, wenn er sich im Falle einer Dejection des Interd. Uti possid. bedient hätte.

e) Endlich wäre es unerklärlich, daß ein dejectus noch in den Zeiten, wo die vernünftigere und in der Natur der Sache begründete Ansicht, wonach eine possessio plurium

in solidum esse non potest, allgemein durchdrang — mit der Intentio ego possideo hätte klagen können. Dies wäre eine Anomalie und der Richter würde jedenfalls seinem officio gemäß nicht gehandelt haben, wenn er einen solchen Kläger auf Grund des herrschenden Grundsatzes, daß der dejectus nicht besitzt, vornweg mit der Klage nicht abgewiesen hätte. —

Bayerische Staatsbibliothek München

Druck von Eduard Krause in Berlin.

Fremd

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Zielonacki, Józefat von

Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem römischen Rechte

Breslau 1849
J.rom.m. 544 h
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567286-2